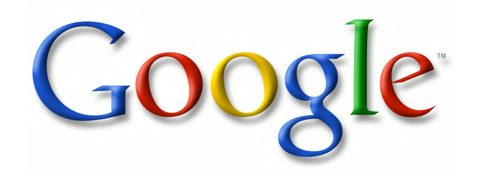




Austria



Ersitzungstitel

des

römischen Rechts

Historisch-dogmatischer Versuch

von

Dr. Franciszek Hofmokl
k. k. Gerichtsadjunkt in Lemberg.



WIEN, 1905.
Manzsche k. u. k. Hof-Verlags- und Universitäts-Buchhandlung.
I., Kohlmarkt Nr. 20.

Buchdruckerei der Manzschen k. u. k. Hof-Verlags- und Universitäts-Buchhandlung in Wien.

Vorwort.

Besitz, guter Glaube und Titel, die wichtigsten Ersitzungsfaktore, waren seit jeher Gegenstand sorgfältiger und eingehender wissenschaftlicher Untersuchungen. Die Ergebnisse der betreffenden Literatur können jedoch, trotz reichhaltigen Umfanges derselben nicht befriedigend und alle Streitfragen lösend genannt werden, da weder die Begriffe des Besitzes, der *bona fides* und des Titels, noch das wechselseitige Verhältnis derselben einwandfrei erklärt worden sind.

Insbesondere hat man in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts den Titel von der *bona fides* zu emanzipieren, in demselben ein selbständiges und abgesondertes Erfordernis der Ersitzungsbefugnis zu erblicken angefangen. Die Absonderung der Begriffe, obwohl für sich selbst ein sehr wichtiger Fortschritt in der Ersitzungslehre, hat zur Klarstellung des Titels allein nicht viel beigetragen, da man die in den Quellen vorkommenden Ersitzungstitel weder geschichtlich noch dogmatisch aus einem einheitlichen Gesichtspunkte aus zu erklären vermochte.

In der vorliegenden Abhandlung versucht der Verfasser auf Grund der sorgfältigsten Exegese der Quellen unter Beachtung der einschlägigen Literatur, die von den Quellen überlieferten Ersitzungstitel von einem bis zur Zeit nicht eingenommenen Standpunkte aus zu beleuchten, aus demselben die geschichtliche Entwicklung des Institutes zu erklären, in der Dogmatik des Ersitzungstitels die ihm innewohnende befriedigende Selbstbestimmungskraft zum Ausdruck zu bringen. Zu diesem Zwecke führt die Hervorhebung des richtigen Momentes, des Willens des Subjektes. In jedem Ersitzungsfalle verdient

— außer der Tatsache des Besitzverhältnisses, einer von dem *animus possidendi* beeinflußten physischen Herrschaft über eine Sache und der bloß innerlichen redlichen oder unredlichen Gesinnung des Subjektes — auch dessen Absicht, der Wille, der bei dem Erwerbe des Besitzes gefaßt und durch den Erwerb verkörpert werden soll, seine entsprechende Berücksichtigung.

Die Berücksichtigung eben dieses Umstandes in der von den Quellen überlieferten Ersitzungstheorie hat uns ermöglicht, die Entwicklung des Ersitzungsinstitutes von der *usus auctoritas* bis zur titulierten redlichen Possessionsersitzung der justinianischen Quellen ins klare Licht zu rücken, die Ersitzung *pro herede* und *pro suo* und deren Absterben in der späteren klassischen Zeit erklärlich zu machen und bezüglich der Dogmatik Gelegenheit geboten, die Genese der *causa possessionis* und *usucapionis*, das Schweigen der Quellen über die Rechtfertigung des guten Glaubens des Usukapienten, die mannigfaltigen *species possessionis* und *usucapionis* und deren einheitliche Behandlung im wahren Abglanz der kritischen Beleuchtung zu erblicken; sie gipfelt in dem Endurteile, daß der titulierte Besitz eine Vorbedingung der Ersitzung, somit auch die eigentlichste Grundlage derselben in allen Stufen bildet.

Berlin—Wien—Lemberg, 1903 bis 1905.

Der Verfasser.

Inhalt.

Quellen.

Gai, Institutiones, Lib. II. §§ 40—61, 164—173; IV. § 144.
Fragmenta Vaticana, §§ 1, 111, 206, 259—261, 294, 296.
Institutiones, Lib. 2, Tit. 6.
Digesta, Lib. 41, Tit. III.—X.
Codex, Lib. 7, Tit. 26—40.

Literatur.

1756. Estor, Joh. G.: Entwurf der verworrenen Lehre von der römischen Usukapion und der langwierigen Ersitzung.

1795. Gros, Karl Heinr.: Geschichte der Verjährung nach dem römischen Rechte.

1802. Thibaut, Aug. Friedrich Just.: Über Besitz und Verjährung.

1805. Rupprecht: Die Lehre von der Verjährung, Probe einer vollendeten Bearbeitung des gesamten heutigen Zivilrechts.

— Dabelow, Christoph Christian: Über die Verjährung.

1807. Derselbe.

1811. Kori, August Siegmund: Theorie der Verjährung nach gemeinen und sächsischen Rechten (nebst einem Anhange über die Zivilverjährung nach dem Gesetzbuche Napoleons I.).

1815. Unterholzner, K. A. D.: Die Lehre von der Verjährung durch fortgesetzten Besitz, dargestellt nach den Grundsätzen des römischen Rechts.

1820. Möllenthiel, Karl August: Inauguralabhandlung über die Natur des guten Glaubens bei der Verjährung, besonders nach *cap. ult. X. de praescriptionibus.*

1828. Engelbach: Über die Usukapion zur Zeit der XII Tafeln.

— Unterholzner, K. A. D.: Ausführliche Entwicklung der gesamten Verjährungslehre aus den gemeinen in Deutschland geltenden Rechten.

— Roßhirt: Zur Lehre von der Ersitzung und insbesondere über die *usucapio pro herede,* Arch. f. d. ziv. Pr., Bd. 9.

1832. Reinhardt: Die *usucapio* und *praescriptio* des römischen Rechts.

1833. Fabricius: Über die *Hereditatis petitio*, die *pro herede usucapio* und das *interdictum quorum bonorum*. Rhein. Mus. f. Jurisprudenz, Bd. 4.

1835. Hameaux: Die Usukapion und *longi temporis praescriptio.*

1840. Savigny, Friedrich Karl v.: System des heutigen römischen Rechts.

1848. Huschke: Über die *usucapio pro herede, fiduciae* und *ex praediatura,* Zeitschr. f. gesch. Rechtswissenschaft, XIV.

1851. Harnier: *de probatione bonae fidei in praescriptionibus.*

1852. Stintzing, R.: Das Wesen von *bona fides* und *titulus* in der römischen Usukapionslehre.

— Scheurl. Ch. G. A.: Beiträge zur Bearbeitung des römischen Rechts, Bd. 1., Nr. 2. *Usucapio pro herede* und *in iure cessio hereditatis.*

1854. Bd. 2., Nr. 15: Zur Usukapionslehre.

1855. Ullmann: *de vi ac natura erroris in usucapionibus et praescriptionibus.*

— Schirmer, Theodor: Die Grundidee der Usukapion im römischen Rechte.

— Böcking, Eduard: Pandekten des römischen Privatrechts, II., B. 1, §§ 133—171.

1856. Strempel: Über die *iusta causa* bei der Tradition.

1857. Bruns: Zur Lehre von der *bona fides* bei der Verjährung, Arch. f. d. ziv. Pr., Bd. 57.

1858. Schirmer, Theodor: Zeitschr. f. ZR. u. Pr., N. F., Bd. 15., 16.

— Unterholzner-Schirmer, K. A. D.: Ausführliche Entwicklung der gesamten Verjährungslehre. Zweite Auflage von Schirmer.

1859. Zielonacki, v.: Drei Abhandlungen aus dem römischen Rechte, Nr. 1, die *usucapio pro herede.*

1862. Levy, M.: Einige Bemerkungen über die *usucapio pro herede,* Linde's Zeitschrift f. ZR. und Proz., N. F., Bd. 19.

— Voigt: *Condictiones ob causam.*

1865. Leist: Manzipation und Eigentumstradition.

1867. Exner: Die Lehre vom Rechtserwerb durch Tradition.

1868. Fitting: Über das Wesen des Titels bei der Ersitzung, Arch f. d. z. Pr., Bd. 51, 52 (zit. 51 oder 52, S. = Bd. 51, Bd. 52, S.).

1869. Gimmerthal: Vom Finden verlorener, derelinquierter und herrenloser Sachen, Arch. f. d. z. Pr., Bd. 52.

— David: Zur Lehre vom sogenannten Ersitzungstitel.

1871. Mayer: Die *iusta causa* bei Tradition und Usukapion.

— Wächter: Die *bona fides,* insbesondere bei der Ersitzung des Eigentums.

— Ubbelohde, August: Über die *usucapio pro mancipato.*

1872. Źródłowski: Untersuchungen aus dem österr. Zivilrechte. Zur Lehre von der Ersitzung.

— Bruns: Das Wesen der *bona fides* bei der Ersitzung (zit. Bf.).

1873. Arndts: Über die *usucapio pro herede.* Gesammelte zivilistische Schriften, Bd. 1., Nr. 12.

1873. Bernhöft: *Titulus iustus* und *titulus putativus* im Justinianischen Rechte, Diss. (zit. Tit.).
1875. Bernhöft: Der Besitztitel im römischen Recht (zit. Bt.).
1876. Brinz: Lehrbuch der Pandekten, I., 2. Aufl.
— Vangerow, Lehrbuch der Pandekten, I., 7. Aufl.
1880. Grawein: Verjährung und gesetzliche Befristung.
1883. Marcusen, W.: Die Lehre von der *hereditas iacens* in ihrem Zusammenhang mit der alten *usucapio pro herede.*
1886. Arndts: Lehrbuch der Pandekten, 13. Aufl.
— Bechmann: Zur Lehre von der *usucapio pro emptore,* Arch. f. z. Pr., Bd. 75, S. 281—302.
1888. Abraham: Die altrömische *usucapio pro herede,* Diss.
— Benz: Begriff der *bona fides* in der römischen Usukapionslehre, Diss.
1890. Klein: Sachbesitz und Ersitzung.
1891. Strohal: Die Gültigkeit des Titels.
1895. Pernice: Labeo, Römisches Privatrecht im ersten Jahrhunderte der Kaiserzeit, Bd. 2. 2. Aufl.
1897. Chlamtacz M.: Übereignungsart durch Tradition.
1900. Windscheid-Kipp: Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd. 1.
1902. Dernburg: Pandekten, Bd. 1.

---

§ 1.

Pro herede.

Titulus bedeutet:

1. a) Überschrift eines Buches oder eines Abschnittes desselben, dessen Inhalt bezeichnend, sowie den überschriebenen Abschnitt selbst;

b) Namen, Bezeichnung;

c) Grund, Rechtsgrund, Rechtsgeschäft.

2. Vorwand.

3. Abgabe, Steuer.[1])

Aus der Ersitzungslehre ist der sub 1, c) angeführte Sinn hergenommen.

Unterholzner I, S. 322, Anm. 333 äußert sich darüber: „1. *Titulus* ist eigentlich so viel als Aufschrift, Überschrift, Aushängeschild, womit die manchmal vorkommenden Bedeutungen, in welchen *titulus* so viel als Name, Vorwand und Rechtfertigungsgrund bezeichnet, recht gut zusammenhängen. Insofern man nun jede im Besitze befindliche Sache sich gleichsam als mit einem Aushängeschilde versehen vorstellen kann, auf welchem die Erwerbungsweise angegeben ist, erscheint es natürlich genug, in Beziehung auf den Besitz von einem *titulus* zu sprechen, während im echten römischen Sprachgebrauche der rechtliche Beweggrund, welcher der Übergabe zu Grunde liegt (die *causa traditionis*), niemals *titulus* heißt; wohl deshalb, weil es nicht so natürlich ist, in Beziehung auf etwas so ganz Unkörper-

---

[1]) Heumann, Handlexikon 1884, 6. Aufl., S. 558. Vgl. Georges, Lateinisch-deutsches Handwörterbuch, II., S. 2817: „Der Titel, die Überschrift, Aufschrift, Inschrift, der Anschlag, eine Grabschrift, der ehrenvolle Name, das Ansehen, der Glanz, das Aushängeschild, der äußerliche Grund, die Ursache, der Vorwand, das Zeichen, Kennzeichen."

liches, wie die Übergabe ist, von einer Inschrift oder einem Aushängeschilde zu sprechen.

Dagegen ist allerdings von einem *titulus usucapionis* insofern die Rede, als der *titulus possessionis* zugleich der Ersitzung zur Rechtfertigung dient, und folglich der nun schon einmal in Gang gekommene Ausdruck *titulus* beibehalten werden muß.[1])"

Wir wollen versuchen, ob dem eigentlichen Sinne des Wortes „*titulus*" nicht auch in der Ersitzungslehre ein Platz eingeräumt werden kann.[2])

In den Quellen der Ersitzungslehre der klassischen Zeit kommt das Wort *titulus* erst bei Ulpian L. 1 pr., D. 41, 8 und Hermogenian L. 46, D. 41, 3 vor. (Vgl. L. 10, 23, C. 5, 11; L. 3, C. 5, 74; L. 12, 15, C. 8, 54; L. 8, C. 7, 57; L. 3 pr., C. 7, 37; L. 8, C. 7, 39; L. 2, D. 20, 5; L. 7, C. 3, 38; L. 16, C. 4, 44; L. 4, C. 4, 69; L. 25, C. 4, 25; L. ult., D. 29, 4; L. 13 § 1, D. 5, 3.)

Außer diesen zwei Stellen ist vom *titulus* im ganzen 41. D.-Buche keine Spur. Erst in den kaiserlichen Reskripten im 3. Jahrhundert wird der Name *titulus* häufiger gebraucht.

Der älteste Titel des Besitzes ist unbestritten der Titel *pro herede.*

---

[1]) Vgl. § 108, S. 372. Hugo im Zivil. Magazin, Bd. 4, S. 144 f. Mayer, S. 223 f. Bernhöft, Bt., S. 12. Voigt, §§ 14—20. Klein, S. 429: „*pro emtore* usw. dürften zunächst die schlagwortartigen Bezeichnungen der für die einzelnen *causae* entworfenen Besitzerwerbsformeln gewesen sein."

[2]) Stintzing, S. 100: „Bei der Benennung des Titels werden offenbar die Römer durch gar kein Prinzip geleitet und daß sie auf den Namen auch kein Gewicht legen . . ."; S. 101: „Wir sind allerdings der Meinung, daß sich die Auffassung des Titels, welche uns im Justinianischen Recht entgegentritt, erst allmählich herausgebildet hat. Allein eine Betrachtung unserer Kompilation als eines Ganzen scheint uns eine so große Unsicherheit und Willkür in der Benennung zu ergeben, daß wir ganz davon absehen müssen, hierauf irgend eine Unterscheidung zu bauen." Böcking, § 146, § m, S. 90 Anm. 26. Fitting, 52. S. 388. Puchta, Pand., § 157. Brinz, Pand. I, S. 208. Arndts, § 159, Anm. 3. David, S. 6: „. . . daß die allgemein übliche Bezeichnung „Titel" für das objektive Ersitzungserfordernis ganz ungerechtfertigt ist." Mayer, S. 225: „. . . *titulus usucapionis*, die äußerliche Tatsache, welche die Usukapion nach ihrem Verhältnisse nach außen bezeichnet." S. 227: „. . . der Begriff des Titels liegt darin, daß er dem Besitz oder der Usukapion einen Namen verleiht." S. 230: „Die Usukapion benennt sich nach dem Namen, welchen der Usukapionsbesitz führt." Vgl. S. 239.

Gai Inst. II., § 52[1]): *Rursus ex contrario accidit, ut qui sciat alienam rem se possidere, usucapiat, veluti si rem hereditariam, cuius possessionem heres nondum nactus est, aliquis possederit; nam ei concessum est usucapere, si modo ea res est quae recipit usucapionem; quae species possessionis et usucapionis pro herede vocatur.*

§ 54. . . . *olim rerum hereditariarum possessione velut ipsae hereditates usucapi credebantur, ... quamvis postea creditum sit ipsas hereditates usucapi non posse, . . .;*

§ 56. *Haec autem species possessionis et usucapionis etiam lucrativa*[2]) *vocatur; nam sciens quisque rem alienam lucrifacit.*

§ 57. *Sed hoc tempore iam non est lucrativa, nam ex auctoritate Hadriani senatus-consultum factum est, ut tales usucapiones revocarentur. et ideo potest heres ab eo qui rem usucepit, heredidatem petendo proinde eam rem consequi, atque si usucapta non esset.*

Diese Art des Besitzes und der Ersitzung wird *pro herede* genannt *(vocatur).*

Pro herede ist der Name des Besitzes, der Ersitzung. Das Wort „*vocatur*“ ist im § 56 zum Ausdruck der Eigenschaft „*lucrativa*“ gebraucht. „*Pro herede*“, „*lucrativa*“ sind Eigenschaften des Besitzes, der Ersitzung; sie machen aus einem Besitz-, Ersitzungsfalle eine *species possessionis et usucapionis*; der Besitz und die Ersitzung werden durch Hinzufügung des Titels „*pro herede*“ oder „*lucrativa*“ genannt *(vocatur)*, spezialisiert *(species)*.[3]) Außerdem wird diese *species possessionis et usucapionis* auch *inproba* genannt.

§ 55. *Quare autem omnino tam inproba possessio et usucapio concessa sit.* (Vgl. L. 72 [71], D. 47, 2.)

Gaius unterscheidet dreimal eine *species* des Besitzes und der Ersitzung. Wir werden ihm folgen und zuerst die *species possessionis*, dann die *species usucapionis* untersuchen.

Im § 52 ist folgender Tatbestand enthalten:

---

[1]) Stintzing, S. 13.

[2]) Savigny, Besitz, S. 78. Wächter, Rslex., Bd. 3, S. 367 f. über den *animus lucri faciendi.* Unterholzner-Schirmer, § 100, S. 336, § 101, S. 346 Anm. 359 a. Schirmer. Giess. Zeitschr., Bd. XI, d. N. F., S. 441 f.

[3]) Böcking. § 146, § m, Anm. 26, S. 90.

Jemand hat eine *res hereditaria*, deren Besitz der Erbe noch nicht erwarb, wissend, daß sie ihm nicht gebührt und fremdes Eigentum und zwar das des Erben bildet, in Besitz genommen. Es ist also jemand gestorben und hat einen Erben und eine Erbschaft hinterlassen, zu welcher Erbschaft auch eine bestimmte Sache gehört. Der Besitzer nimmt eine Erbschaftssache, *in scientia alienam rem se possidere*, in Besitz — vor dem Erben.

Die *Scientia* des Erwerbers umfaßt folgende Umstände:

1. den Tod der Person des Erblassers;
2. die Existenz einer Erbschaftsmasse;
3. die Existenz eines Erben;
4. die Zugehörigkeit der in Besitz genommenen Sache zu dieser Erbschaft und demzufolge zum Erben;
5. die Besitzlosigkeit dieser Erbschaftssache.

Um den Namen dieser Art der Besitzergreifung, welche „*pro herede*" genannt wird, zu erklären, ist es meiner Ansicht nach zweckmäßig, den Modus der Annahme der Erbschaft seitens der *extranei heredes* in Erinnerung zu bringen.

Sie sind durchaus *heredes voluntarii*, das heißt, sie werden *iure civili* nur Erben durch die Erklärung ihres, auf den Erwerb der deferierten Erbschaft gerichteten Willens. Diese Erklärung geschieht durch das solenne „*cernere*".

Gai II., § 166: *et qui itu heres institutus est, si velit heres esse, debebit intra diem cretionis cernere, id est haec verba dicere: „Quod me P. Maevius testamento suo heredem instituit, eam hereditatem adeo cernoque.*"

Dieser solenne Akt der Annahme der Erbschaft hat folgende Bedingungen:

1. „*si velit heres esse*", also die Absicht Erbe zu werden;
2. ausdrückliche Berufung auf das *testamentum* und die Person des Testators;
3. ausdrückliche Bezeichnung der Erbschaft *(eam hereditatem)*, die man erwerben will;
4. die Erklärung des Annahmewillens, die Realisierung der *voluntas ad 1 (adeo cernoque)*.

Neben diesem solennen *cernere* war auch die formlose tatsächliche Annahme der Erbschaft durch *pro herede gestio*, endlich der Erbschaftserwerb *nuda voluntate* ausreichend.

Über die *pro herede gestio* sagt Gaius II., § 166 *in fine: si pro herede gerat, id est si rebus hereditariis tamquam heres utatur.*

Über die Annahme *nuda voluntate* II., § 167: *vel etiam nuda voluntate suscipiendae hereditatis heres fieri.*

Es unterliegt keinem Zweifel, daß auch die Annahme der Erbschaft durch *pro herede gestio* oder *nuda voluntate*, unter denselben Bedingungen geschehen mußte, das heißt, der Erbe mußte durch *pro herede gestio* von dem Tode des Erblassers und von seiner Berufung genaue Kenntnis haben, über die Zugehörigkeit der Sache zur Erbschaft keinen Zweifel hegen, die Sache mit der Absicht Erbe zu werden in Besitz nehmen, durch den Gebrauch der Sache *tamquam heres* seinen Annahmewillen und nicht nur den gewöhnlichen Gebrauch der Sache demonstrieren.[1]) (Vgl. L. 15, 16, 22, 23, D. 29, 2.)

Durch die solenne *cretio* oder formlose *pro herede gestio* oder *nuda voluntas*, erklärt der Besitzer, daß er die Erbschaft annimmt und Erbe werden will, und dadurch wird er wirklich zum Erben *(heres fieri).*

Sein Besitz wird *pro herede* genannt.[2])

Gai IV., § 144: *pro herede autem possidere videtur tam is qui heres est . . .*

Wenn wir die Annahme der Erbschaft seitens des berufenen Erben durch die *pro herede gestio* mit dem Tatbestande der obigen Stelle (II., § 52) vergleichen, so zeigt sich auf Seite des Erben, vor der Inbesitznahme, als vorhanden:

1. die Kenntnis von dem Tode des bestimmten Erblassers und von der Existenz einer Erbschaft;
2. die Kenntnis von seiner Berufung zur Erbschaft;
3. die Kenntnis von der Zugehörigkeit der Sache zur Erbschaft;
4. die Besitzlosigkeit der Sache;
5. der Wille, durch Inbesitznahme Erbe zu werden.

---

[1]) Klein, S. 272: „Nicht das *uti re hereditaria* schlechthin verschaffte dem Berufenen *extraneus* die Erbschaft, sondern erst das *uti tamquam, quasi heres.*"

[2]) Mayer, S. 241.

Auf Seite des „*Aliquis*“ des II., § 52:

1. die Kenntnis von dem Tode des bestimmten Erblassers und von der Existenz einer Erbschaft;

2. die Kenntnis von der Berufung einer anderen Person, des wirklich Honorierten, zur Erbschaft;

3. die Kenntnis von der Zugehörigkeit der Sache zur Erbschaft;

4. die Besitzlosigkeit der Sache.

(Wie man eigentlich diese Besitzlosigkeit verstehen soll, darüber unten.)

Von der Absicht, Erbe zu werden *(si velit heres esse)*, spricht Gaius im II., § 52 nicht. Nach dem Vergleiche mit der Annahme der Erbschaft seitens des Honorierten, sind wir berechtigt, auch diese Bedingung (5.) im II., § 52 anzunehmen.

Nicht derjenige der „*sciens alienam rem se possidere .... rem hereditariam, cuius possessionem heres nondum nactus est .... possederit*“, ist schon *pro herede* Besitzer, sondern er muß noch dazu die Absicht haben, dadurch Erbe zu werden; diese Absicht gibt seiner Inbesitznahme die Eigenschaft einer *pro herede gestio.* Er muß „*affectionem heredis habere*“ (vgl. L. 2 § 2, D. 41, 4).

Wir nehmen den Fall an, daß der *Aliquis* des II., § 52 nur die Kenntnis von dem Tode des Erblassers und von der Zugehörigkeit der Sache zur Erbschaft hat, die Berufung aber einer anderen Person, des wirklich Honorierten *nescit* (2).

Diese *ignorantia* ermöglicht beim Besitzer die Meinung, daß ihm selbst das Erbrecht zusteht. Er nimmt die Sache in der Meinung, selbst zur Erbschaft berufen zu sein. Sein Besitz heißt auch „*pro herede*“.

Gai IV., § 144: *pro herede autem possidere videtur tam is, qui heres est, quam is, qui putat se heredem esse.*

Also die Kenntnis von der Berufung einer anderen Person zur Erbschaft in II., § 52 ist keine Bedingung für den Besitztitel *pro herede.*

Die Antwort auf die Frage, ob die Eigenschaft der Sache, daß sie zur *hereditas* gehört, also eine *hereditaria* ist, unbedingt vorhanden sein muß, damit von einer *possessio pro herede* die Rede sein könne, liegt in den Bedingungen, unter denen ein Be-

rufener Erbe wird. Wenn der Berufene in Unkenntnis des Todes des Erblassers, der eigenen Berufung und der Zugehörigkeit der Sache zur Erbschaft die wirkliche Erbschaftssache in Besitz nimmt, so ist bei ihm die Absicht, dadurch Erbe zu werden, logisch unmöglich.

Die *ignorantia* der angeführten Umstände schließt die Möglichkeit dieses Willens, wenn wir nicht mit der Vernunft und Logik in Widerspruch kommen wollen, aus. Es wird tatsächlich eine wirkliche *res hereditaria* vom berufenen Erben in Besitz genommen und doch der Titel *pro herede* dem Besitze abgesprochen, weil nur derjenige *pro herede gerit,* der die Erbschaftssache, mit dem Willen Erbe zu werden, ***tamquam heres*** gebraucht. Der Besitz einer *res hereditaria* seitens des berufenen Erben ist nur dann mit dem *„pro herede"* betitelt, wenn der Besitzer die Kenntnis von dem Tode des Erblassers, der Zugehörigkeit der Sache zur Erbschaft hat und die Sache mit dem Willen, Erbe zu werden, in Besitz nimmt, aber nicht schon dann, wenn die Sache wirklich zur Erbschaft gehört, aber der Erwerber davon keine Kenntnis hat, demzufolge keinen solchen Willen fassen kann. Hier findet die Regel: *„plus in re est, quam in existimatione mentis"* der L. 9 § 4, D. 22, 6 keine Anwendung. Der Honorierte muß, wenn er Erbe werden soll, in Kenntnis seiner Berufung die Annahme vornehmen; seine *ignorantia* von dem Erbschaftsanfalle wird ihm schaden *(ei detrimento sit),* er wird nicht Erbe. Umsomehr wird diese Kenntnis bei einem nicht berufenen Erwerber gefordert.

Wenn jedoch jemand eine Sache in der Absicht, durch den Gebrauch *tamquam heres* Erbe zu werden, in Besitz nimmt, die Sache aber tatsächlich einer noch lebenden Person gehört, welche der Besitzer *„mortui esse"* (L. 1, D. 41, 5) glaubt, so entsteht die Frage, ob auch dann sein Besitz *pro herede* genannt werden soll, m. a. W. ob der Glaube an die Eigenschaft der Sache, daß sie zur Erbschaft gehört, also *implicite*, daß jemand gestorben ist und diese Sache hinterließ, ausreichend ist, um bei Vorhandensein des Willens zum Erwerb der Erbschaft dem Besitze den Titel *pro herede* zu verleihen.

Diese Frage muß bejahend beantwortet werden und zwar aus folgenden Gründen.

Da bei der *ignorantia* des Todes einer Person und der Zugehörigkeit der Sache zur Erbschaft, beim Besitzerwerbe des berufenen Erben an einer wirklichen Erbschaftssache der Titel *pro herede* des Besitzes nur wegen Unmöglichkeit der Entstehung eines vernünftigen Willens zum Erbschaftserwerb ausgeschlossen wurde, so ist umgekehrt der Schluß zu ziehen, daß überall da, wo dieser Wille logisch und vernünftig entstehen konnte, auch dem betreffenden mit diesem Willen begonnenen Besitze der Titel, der diesem Willen entspricht, erteilt werden soll. Der Wille Erbe zu werden ist möglich im Glauben an den Tod und die Zugehörigkeit der Sache zur Erbschaft, deswegen wird auch der Besitz einer *res non hereditaria*, also der *res* eines noch Lebenden, *pro herede* genannt, wenn der Besitzer, in der Meinung, *eam rem hereditariam esse*, *implicite* an den Tod des Erblassers glaubte und den Willen, durch Inbesitznahme Erbe zu werden, faßte. L. 21 § 1, D. 29, 2. *Interdum autem animus solus eum obstringet hereditati, ut puta si re non hereditaria quasi heres usus sit.* (§ 7. I. 2, 19.) Die Besitzlosigkeit der Sache als Bedingung des Besitztitels *pro herede* fällt demnach von selbst weg, da der Wille Erbe zu werden auch an einer von einem anderen besessenen Sache möglich ist.

Wenn wir das Obige zusammenfassen, so ergibt sich, daß die Erteilung des Titels *pro herede* nur von dem Willen des Erwerbers „*heres esse*" abhängt.[1])

---

[1]) Scheurl, I., S. 95. Unterholzner-Schirmer, § 101, S. 345 Anm. 355, in f.: „. . . eben weil hier der Titel, abgesehen von dem Verbot der *mutatio causae possessionis* ganz auf einseitiger Willensbestimmung beruht." Fitting, 52, S. 383: „. . . eben jenes Verhältnisses, das im einzelnen Falle den Titel hergibt und von dem deswegen Besitz und Usukapion ihre besondere Benennung führen." S. 398 Anm. 198. Mayer, S. 211: „Erst der Wille des Besitzers, mit seinem Besitze an die leere Stelle des Verstorbenen zu treten . . . , macht diesen Besitz zur *pro possessio pro herede.* Wir werden also diese besondere Willensrichtung für ein wesentliches Erfordernis der *possessio pro herede* ansehen müssen." Abraham, S. 19: „. . . der Usukapient nur dann Erbe wird, wenn er solches will . . . *pro herede* sich geriert." Klein, S. 306: „. . . durch Angabe des Erwerbsgrundes charakterisierten Ersitzungsbesitz." S. 366: „. . . aber der Okkupant muß sich als Erbe geriert, die Sache *pro herede* in Besitz genommen haben, sie *pro herede* besitzen,

Wo dieser Wille möglich ist und vernünftig und **logisch** erscheint, dort ist der Titel *pro herede* zu erteilen. Wo dieser Wille sich als unmöglich darstellt, dort ist der Besitz *pro herede* zu verneinen. *Pro herede* besitzt demnach jeder, der eine Sache in der Absicht Erbe zu werden in Besitz nahm, entweder wissend, daß jemand gestorben ist und diese Sache hinterließ, oder im Glauben, in der *existimatio* darüber. Es ist keine objektive Bedingung vorgeschrieben, alles hängt von dem subjektiven Standpunkt der Person des Erwerbers ab; sein Wille Erbe zu werden, bedingt durch die Kenntnis oder wenigstens den Glauben an die Eigenschaft der Sache, daß sie *hereditaria* sei, ist endgültig entscheidend. Es ist dazu weder die Erbschaft noch die *hereditaria res* notwendig. L. 19, 20 pr., D. 29, 2. *Pro herede gerere videtur is, qui aliquid facit quasi heres. et generaliter Julianus scribit eum demum pro herede gerere, qui aliquid quasi heres gerit: pro herede autem gerere non esse facti quam animi: nam hoc animo esse debet, ut velit esse heres.* (§ 1.) Vgl. § 7, I. 2, 19. Wenn wir noch bemerken, daß seine *possessio* nicht „*pro hereditate*", „*pro testamento*", „*pro hereditaria*", sondern „*pro herede*" heißt, so ist außer Zweifel gestellt, daß der Besitz nur nach der subjektiven Seite des Besitzverhältnisses, nach **der Person** des Besitzerwerbers, nach dem bloßen Willen, Erbe zu werden, nicht aber nach einer objektiven Bedingung benannt wird.[1])

Pro herede besitzt, wer die Sache mit dem Willen Erbe zu werden in Besitz nahm. Wo dieser Wille nicht vorkommt oder nicht gefaßt werden kann, dort wird der Titel abgesprochen. Es ist gleichgültig, ob wirklich jemand gestorben ist oder nicht, ob die in Besitz genommene Sache eine *hereditaria* ist oder nicht, ob besitzlos oder nicht, ob der Besitzerwerber dazu berechtigt ist oder nicht, ob ein Erbe vorhanden ist oder nicht.

Die *possessio pro herede* wird in II., § 55 *inproba* genannt, weil der Erwerber „*sciens rem alienam*" in Besitz nahm, das

---

mag der Wille durch die Besitzergreifung erbrechtliche Befugnisse auszuüben . . ." S. 372: „Sich als Erbe geben, als Erbe besitzen ist die erste Bedingung der *pro herede*-Ersitzung." Vgl. S. 271, 272 Anm. 91, S. 371. Pernice, S. 429.

[1]) Stintzing, S. 21.: „. . . daß der Besitzer ‚*sciens alienam rem usucapit*' und also sein Recht nicht von dem Willen und Rechte eines anderen herleitet."

heißt, im Bewußtsein, daß er dadurch fremdes[1]) Recht verletzt, ohne dazu berechtigt zu sein, die Sache erwirbt.

Die *inprobitas* hängt einzig und allein von der Kenntnis ab, daß ein anderer zur Erbschaft berufen ist, die Erbschaft schon angenommen, aber die Sache noch nicht in Besitz genommen hat. Diese Kenntnis, *scientia*, ist nur bei einem Nichtberechtigten möglich, denn wenn ein wirklich Berechtigter glaubt, „*se alienum possidere*“, so ist das nur eine irrtümliche Meinung, *putare, existimatio se alienum possidere*, aber keine „*scientia*“, das heißt, kein den tatsächlichen Verhältnissen entsprechendes Wissen, das von Gaius zur *inprobitas* verlangt wird. *(Plus est in re quam in existimatione mentis.)* Bei einem Nichtberechtigten wird durch das „*putare, existimare se heredem esse*“, „*se suum possidere*“, diese *scientia* und damit auch diese Improbität ausgeschlossen. Wir sehen, daß diese Eigenschaft des Besitzes *pro herede* nichts Spezifisches dieser Besitzart bildet, sondern von dem subjektiven Momente des Besitzerwerbes, wie bei jeder anderen Besitzart abhängt. Der Titel des Besitzes bleibt unberührt, ob der Erwerber redlich oder unredlich handelt, dient also nicht zum Ausdrucke der Redlichkeit oder Unredlichkeit des Besitzes. (Die spätere Neuerung unten.) Die im II., § 56 angeführte Eigenschaft „*lucrativa*“ erklärt Gaius selbst: „*nam sciens quisque rem alienam lucrifacit.*“ Also nicht die Tatsache allein, daß man eine fremde Sache lucriert, somit einen Gewinn hat, gibt dem Besitze den Namen *lucrativa possessio*, sondern es muß die *scientia* dazukommen; erst dann ist die Bezeichnung *lucrativa* gerechtfertigt.[2]) Fehlt diese *scientia* bei einem Nichtberechtigten, — denn bei einem Berechtigten ist das „*rem alienam lucrifacere*“ ausgeschlossen, — wie bei der *inprobitas* gesagt wurde, so muß auch diese Benennung wegfallen.

Wir gehen zur Ersitzung *pro herede* über.

Zur Ersitzung *pro herede* muß vor allem bemerkt werden, daß anfangs die Ersitzung zum Erwerbe des Erbrechtes

[1]) Vgl. L. 13 § 8, L. 20 § 6c, § 12, L. 25 § 3, 5, 6, 7, D. 5, 3. Thibaut, S. 27: *Malae fidei possessor:* „welcher weiß, daß das von ihm ausgeübte Recht einem anderen zustehe.“ Roßhirt, S. 13. Scheurl, I., S. 100 Anm. 10. Schirmer, S. 57. Mayer, S. 214. Bernhöft, Bt., S. 41. Abraham, S. 67 Anm. 2.

[2]) Schirmer, S. 54.

(Gai II., § 54: . . . *quod olim rerum hereditariarum possessione velut ipsae hereditates usucapi credebantur . . . hereditas . . . quia neque corporalis est*),[1]) später aber nur zum Erwerbe des Eigentumsrechtes an der in Besitz genommenen Sache (Gai II., § 54: *quamvis postea creditum sit ipsas hereditates usucapi non posse)* führte.

Die Einteilung in der Entwicklung der *usucapio pro herede* hat sehr wichtige Folgen. Wir fangen mit der ersten, älteren Periode dieses Instituts an.

In II., § 52 wird gesagt: . . . „*si modo ea res est, quae recipit usucapionem.*" Dieses Erfordernis ist jeder Ersitzung eigen, und kann nicht als spezifische Bedingung der *pro herede usucapio* allein betrachtet werden. Der Ersitzung *pro herede* sind in dieser Periode folgende Bedingungen eigentümlich:

1. *si rem hereditariam . . . aliquis possederit;*
2. *cuius possessionem heres nondum nactus est.*

Ad 1. Es ist selbstverständlich, daß durch den Besitz einer Sache, deren Eigentümer noch lebt, niemand anderer, auch durch einen vieljährigen Besitz sein Erbe werden kann. Der Eigentümer der Sache kann zum Beispiel nach zwei Monaten sterben, die Sache ist von da an schon eine wirkliche *res hereditaria*, aber die *usucapio* wird nicht stattfinden, weil in der Ersitzung immer „*origo nanciscendae (possessionis) exquirenda est*" (L. 6, pr., D. 41, 2), „*initium . . . possessionis spectari oportet*" (L. 7 § 4, D. 41, 4)[2]), und dieses *initium* bei einer *res non hereditaria* begonnen hat. Dieses Erfordernis ist objektiv, der Glaube daran kann dem Erwerber nicht nützen. Er wollte in diesem Glauben durch die Inbesitznahme der vermeintlichen *res hereditaria* Erbe werden, aber er kann nicht Erbe werden, da die Sache zu keiner Erbschaft, keinem Erblasser gehört, also

---

[1]) Huschke, S. 154. Ihering, Scherz und Ernst, S. 160 f. Puchta, Inst., § 315. Keller, Inst., S. 250. Schirmer, S. 56, 67. Unterholzner-Schirmer, § 32, S. 28, § 106, S. 263, S. 357 Anm. 366, S. 361. Fitting, 52, S. 262. Mayer, S. 212. Bernhöft, Bt., S. 40. Abraham, S. 14, 26, 27, 33 Anm. Nr. 1. Übersicht der verschiedenen Ansichten. Klein, S. 271: „Der Erwerb der Verlassenschaft, die Universalsukzession ist das *Consequens*, das Erbewerden, das *Prius*." Vgl. S. 358—389.

[2]) Stintzing, S. 35: „. . . überall das *initium possessionis* die Entscheidung abgibt."

auch keine rechtliche Möglichkeit eines solchen Erwerbes vorliegt.

Pomponius bestätigt dies ausdrücklich. L. 1, D. 41, 5.[1]) *„Pro herede ex vivi bonis nihil usucapi potest, etiamsi possessor mortui rem fuisse existimaverit.“* Es ist jemand wirklich gestorben und hat eine Erbschaft hinterlassen, aber der Besitzer *pro herede* hat eine Sache eines noch lebenden Eigentümers in Besitz genommen mit dem Willen, dadurch Erbe des Eigentümers zu werden, in der *existimatio mortui rem fuisse.* Durch Inbesitznahme dieser Sache kann er nicht Erbe nach dem wirklich Gestorbenen werden, da er keine zu seiner Erbschaft gehörige Sache mit dem erwähnten Willen in Besitz nahm und nach dem noch Lebenden die Möglichkeit einer Erbfolge ausgeschlossen ist. Dieses Erfordernis wiederholt Gaius ständig[2]):

§ 54: *„rerum hereditariarum“*, *„rebus hereditariis“*; III., § 201: *„res hereditarias . . .“*

Eine Bestätigung findet sich in L. 3, C. 7, 29[3]): *„Opinione falsa mortis pro herede possessio rerum absentis procedere non potest.“*

Es ist jemand abwesend, ein anderer nimmt im Glauben, der Abwesende sei gestorben, seine Sache in Besitz, mit dem Willen, dadurch sein Erbe zu werden. Das kaiserliche Reskript verneint nur das *procedere*, die Wirkung der *pro herede possessio*, nicht die *pro herede possessio* selbst, die in diesem falschen, irrtümlichen Glauben begonnen wurde, nicht das *initium possessionis pro herede*, da zum Ausdrucke des Besitzanfanges ein besseres Wort *inchoari* (L. 1, C. 7, 32) dient.

Daß das Wort *procedere* bloß von der Zulassung der Usukapion gebraucht wird, bestätigt L. 2 § 12, D. 41, 4: *et ideo usucapio ei non magis procedat.*

Ad 2. Dieses Erfordernis wird gewöhnlich allgemein als Besitzlosigkeit der Erbschaftssache angesehen. Dadurch wird der Schein erweckt, als ob schon durch Inbesitznahme seitens

---

[1]) Schirmer, S. 68. Böcking, § 146, § s, Anm. 53, § 147, § b, S. 103 Anm. 10. Unterholzner-Schirmer, § 106, S. 357. Fitting, 52, S. 37 Anm. 139, S. 259, 260 Anm. 164, S. 261, 262 f. Anm. 168, S. 274. Mayer, S. 215. Bernhöft, Bt., S. 42. Ascoli, Arch. giurid. XXXVIII, S. 317. Klein, S. 363.

[2]) Schirmer, S. 56. Bernhöft, Bt., S. 43. Pernice, S. 432 Anm. 1.

[3]) Fitting, 51, S. 34 Anm. 40; 52, S. 263, 273. Mayer, S. 215. Bernhöft, Bt., S. 43 Anm. 36.

einer Person, eines Erben oder nicht Erben, die Usukapion ausgeschlossen wäre. Diese Anschauung widerspricht den Quellen und ist innerlich nicht gerechtfertigt. Gaius sagt II., § 52: *„cuius possessionem heres nondum nactus est“; § 58: „necessario tamen herede extante nihil ipso iure pro herede usucapi potest“;* III., § 201: *„rursus ex diverso interdum alienas res occupare et usucapere concessum est, nec creditur furtum fieri, veluti res hereditarias quarum heres non est nactus possessionem, nisi necessarius heres extet; nam necessario herede extante placuit nihil pro herede usucapi posse.“*

Dazu Pomponius L. 29, D. 41, 3: *„quia nec pro herede usucapi potest, quod ab herede possessum est“; in fine: „nam hic quoque possessio veri heredis obstabit tibi“;* L. 2, C. 7, 29: *„Nihil pro herede posse usucapi suis existentibus heredibus obtinuit.“* Daß der Besitz nur des wahren *(veri)* Erben die *usucapio pro herede* ausschließt, ist wohl denkbar, denn in demselben Momente hört die *res hereditaria* auf, eine solche zu sein, sie wird *res heredis* und zählt von nun an unter die *bona vivi*; an einer Sache des noch lebenden Eigentümers aber ist, wie wir schon aus 1. wissen, die Ersitzung *pro herede* unmöglich. Der Besitz aller anderen Personen, wenn und insoweit er die Zugehörigkeit der Sache zum erblasserischen Vermögen nicht aufhebt und der *res* die Qualität einer *res hereditaria* läßt, muß für die Ersitzung irrelevant sein.[1]) In diesem Erfordernisse liegt demnach eine Wiederholung des ersten Erfordernisses. Außer diesen objektiven Erfordernissen auf Seite der Sache, wird noch auf Seite des Erwerbers die Erbfähigkeit gefordert.

Für die ältere Periode, wo die Ersitzung *pro herede* zum Erwerbe des Erbrechtes führte, wo der Besitzer mit dem Willen Erbe zu werden die Sache in Besitz nahm, erscheint dieses Erfordernis sehr gerechtfertigt. Die Erbfähigkeit muß demnach unbedingt vorhanden sein.

Paulus L. 4, D. 41, 5[2]): *Constat eum, qui testamenti factionem habet, pro herede usucapere posse.*

---

[1]) Dabelow, I., S. 344. Stintzing, S. 31. Scheurl, II., S. 71 Anm. 43a. Klein, S. 364. Pernice, S. 441.

[2]) Unterholzner-Schirmer, § 106, S. 361 Anm. 371. Fitting, 52, S. 265. Klein, S. 278, 361.

Außer diesen drei Erfordernissen wird keine *causa*, keine *bona fides*[1]) verlangt, wir haben im II., § 52 Gai ausdrücklich einen Fall vor Augen, wo jemand gänzlich unberechtigt und unredlich, eigenmächtig die Sache in Besitz nimmt.

Über das weitere Schicksal[2]) der *inproba lucrativa usucapio* sagt uns Gaius, II., § 57: „*Sed hoc tempore iam non est lucrativa, nam ex auctoritate Hadriani senatus-consultum factum est, ut tales usucapiones revocarentur. et ideo potest heres ab eo, qui rem usucepit, hereditatem petendo proinde eam rem consequi, atque si usucapta non esset.*" (Vgl. L. 2 § 1, D. 47, 19.)

Aus diesem Fragmente läßt sich für die Entwicklung des Instituts folgern: daß die *usucapio pro herede* nach der Schilderung von Gaius nicht gänzlich aufgehoben wurde. Gaius sagt nur, daß dem *heres*, Erben, das Recht zusteht, die *usucapio* unwirksam zu machen. Die Unwirksamkeit einer Tatsache aber bedeutet nicht die gänzliche Aufhebung, Nullität derselben. Der Usukapient hat die Sache schon ersessen, wird aber zur Herausgabe auf Grund des Sconsultum gezwungen.

„*Qui rem usucepit*" ist der mit der *hereditatis petitio hereditatem petendo)* Beklagte; die Sache wird so betrachtet, als ob sie noch nicht ersessen wäre, die Tatsache der wirklich vollendeten Ersitzung wird nicht beachtet, aber die Ersitzung nicht verneint. Gaius sagt **„*potest* *heres*"**, also wenn der Erbe „*non potest*" oder „*non vult*", so muß die schon vollendete Ersitzung, obwohl *lucrativa*, ihre volle Wirksamkeit aufrechtbehalten, so lange der *heres* von seiner Befugnis keinen Gebrauch macht.

Es ist ersichtlich, daß auch zur Zeit des Gaius diese in II., § 52 erörterte *usucapio pro herede* möglich und zulässig und nur gegenüber dem Erben unwirksam, nicht aber aufgehoben oder gänzlich vertilgt war.

---

[1]) Fitting, 52, S. 239. Źródłowski, S. 71. Bernhöft, Bt., S. 40. Vangerow, § 320 Anm. 1. Klein, S. 365 Anm. 12. Pernice, S. 332.

[2]) Roßhirt, S. 14 f. Huschke, S. 222. Scheurl, I., S. 94, 99. Schirmer, S. 71. Arndts, Ziv. Schr. I., S. 130. Böcking, § 146, § x, S. 97 f. Unterholzner-Schirmer, § 107. Fitting, 51, S. 270; 52, S. 267 f. Anm. 178. Bernhöft, Tit., S. 18. Mayer, S. 218. Brinz, Pand., I., S. 209. Vangerow, § 320 Anm. 1. Abraham, S. 21 f., 25, 31, 66, 69. Klein, S. 250, 251, 369, 382 Anm. 37, 384, 387.

Dadurch erklärt sich der Umstand, daß in die Digesten die Stellen L. 29, D. 41, 3; L. 1, 2, 4, D. 41, 5, aufgenommen wurden.[1])

Zur Zeit des Sconsultum war schon diese Usukapion nur die Ersitzung der Erbschaftssache *(ab eo qui rem usucepit)*, des Eigentumsrechtes an der Sache und nicht des Erbrechtes nach dem Gestorbenen. Das Recht der *revocatio* des Erben war schon in der zweiten Periode eingeführt.

Bisher haben wir die *pro herede* Ersitzung des Erbrechtes und insbesondere den Fall des II., § 52, wo jemand *inprobe* und *lucrative* eine *res hereditaria* in Besitz nahm, besprochen. Dasselbe trifft zu, wenn jemand, *qui putat se heredem esse*, durch die *pro herede gestio* Erbe werden will. Wenn wir in II., § 52 an Stelle des *aliquis* einen solchen *qui putat se heredem esse* denken, so werden beide Fälle, miteinander verglichen, lauten:

1. *ut qui sciat alienam rem se possidere, possederit;*
2. *ut qui putat se heredem esse, possederit.*

Als Gegensatz der *scientia alienam rem se possidere* steht im Falle 2. *putare se heredem esse*, die Meinung an die eigene Berechtigung; dadurch ist der Sinn der *scientia* gleichbedeutend mit dem Wissen, der Kenntnis *„alium heredem esse"*. Die Kenntnis *alium heredem esse* enthält auch die Erkenntnis *„se heredem non esse"*.

Das Wort *scientia* wird immer als Ausdruck der Kenntnis der tatsächlichen Umstände gebraucht, wobei die Kenntnis der Wahrheit entspricht.[2]) *Putare, existimare* bedeutet eine irrtümliche Meinung über tatsächliche Verhältnisse, welche der Wahrheit nicht entspricht, ob nun dieses *putare, existimare* die faktische oder die rechtliche Seite des Verhältnisses umfaßt.

Den Gegensatz zu: 1. *scire alienam rem se possidere* bildet demnach: 2. *scire suam rem se possidere.* Den Gegensatz zu: 3. *scire alium heredem esse* bildet: 4. *scire se heredem esse.* Den Gegensatz zu: 5. *putare se heredem esse* bildet: 6. *putare alium heredem esse.*

---

[1]) Fitting, 52, S. 270: „So gelangt man zur Vermutung, daß die alte, vom guten Glauben völlig absehende *inproba pro herede usucapio*, wenigstens der Theorie nach, bis auf Justinian fortgedauert und erst gerade durch die L. un., § 3, C. 7, 31 abgeschafft worden ist." Klein, S. 377 Anm. 32, S. 378, 384 Anm. 39, S. 387 Anm. 43.

[2]) Klein, S. 374.

Usucapio pro herede ist nur in den Fällen 1. 3. und 5. zulässig, denn in den Fällen 2. 4. und 6. kann der wirkliche Erbe das schon im Momente der Inbesitznahme erworbene Erbrecht nicht erst usukapieren. Als Fälle der Erbrechtsersitzung bleiben demnach nur jene Fälle übrig, wo jemand entweder der Wahrheit entsprechend genau von dem fremden Erbrechte und dadurch auch von seiner Nichtberechtigung wußte oder irrtümlich sein eigenes Erbrecht annahm und dadurch vom fremden Erbrechte nicht wußte; also *qui scit alienam rem se possidere* oder *putat se heredem esse.* Im ersten Falle ist die Ersitzung *inproba lucrativa* und umgekehrt muß sie im zweiten Falle *proba non lucrativa* genannt werden.

Es entsteht die Frage, ob das Sconsultum des II., § 57 auch auf diese *non lucrativa proba usucapio* ausgedehnt werden soll? Meiner Ansicht nach nicht, weil Gaius ausdrücklich nur von der *lucrativa usucapio* spricht und die *non lucrativa, proba* nicht berührt.

Diese *non lucrativa, proba possessio pro herede* und die ihr folgende *non lucrativa, proba usucapio pro herede* sind noch in der klassischen Zeit wirksam. Gegen ihre Wirkung steht dem wirklichen *heres* kein Revokationsrecht durch die *hereditatis petitio* zu. Der Usukapient bleibt Eigentümer der Sache, obwohl er schon nicht mehr das Erbrecht erwirbt; sie entspricht gänzlich der Possessionsersitzung der klassischen Zeit, die zur Ersitzung eine *bonae fidei possessio* verlangte.

(Über die gänzliche Vertilgung siehe unten.)

Die Eigentumsersitzung *pro herede.*

Nach Gaius wurde in der zweiten Periode[1]) auf Grund der *usucapio pro herede* nur das Eigentumsrecht an der Sache erworben. Es ist daher der Besitz *pro herede* mit einem ganz verschiedenen Erfolge verbunden. Der Besitzerwerber bekam den Titel *pro herede,* weil er Erbe werden wollte. Der Wille des Erwerbers war auf den Erwerb des Erbrechtes gerichtet. Der Erfolg der *usucapio* der ersten Periode entsprach vollkommen

[1]) Mayer, S. 212, 214. Klein, S. 382: „Die *usucapio pro herede* klassischer Zeit ist die durch die Beschränkung auf *possidere* in eine Eigentumserwerbsart verwandelte frühere Ususersitzung *pro herede* in ihren meisten Bedingungen noch auf dem Boden früheren Rechts."

dem Willen der handelnden Person und dem aus diesem Willen entstandenen Titel.

In der zweiten Periode ist ein Widerspruch zwischen dem Willen und dem Erfolge der Ersitzung eingetreten, sie ist nicht mehr eine *usucapio pro herede*, da sie den Usukapienten nicht zum Erben, sondern nur zum Eigentümer macht; sie wird zwar ständig, aber uneigentlich *pro herede* genannt. Der Konservatismus der römischen Jurisprudenz hat zwar diesen Namen aufrechterhalten, jedoch auf anderem Wege den Besitztitel mit dem Zustande der Ersitzungstheorie der klassischen Zeit vereinigt.

Zur Zeit des Sconsultum des II., § 57 bestanden nebeneinander:

Die *usucapio pro herede inproba, lucrativa,* unwirksam gegen den Erben, welche in II., § 52 geschildert ist und infolge des Sconsultum unpraktisch wurde, und die *usucapio pro herede* desjenigen, der *„putat se heredem esse“*, von dem Sconsultum unberührt.[1])

Beide führen nur zum Erwerbe des Eigentumsrechtes.

Da die *inproba, lucrativa,* vom Sconsultum gegen den Erben unwirksam gemacht wurde, bleibt als praktisch nur die *usucapio pro herede* desjenigen, der *putat se heredem esse.* Er ist unbedingt gutgläubiger, *bonae fidei possessor.*[2])

---

[1]) Klein, S. 384 und Anm. 36.

[2]) Thibaut, S. 27: *„Bonae fidei possessor,* welcher ein Recht in dem Glauben, daß kein anderer darauf besseren Anspruch habe, ausübt.“ Kori, S. 114: *„Bona fides* = die Unwissenheit, daß der Erwerb oder Besitz der Sache mit Fehlern behaftet sei.“ Möllenthiel, S. 18: *„Bona fides* = Meinung des Usukapienten, das Eigentum erworben zu haben.“ Reinhardt, S. 96: „Der gute Glaube umfaßt auch einen gültigen Erwerbungsgrund;“ S. 106: „. . . den äußeren Entstehungsgrund des guten Glaubens, das heißt einen gültigen Erwerbungsgrund *(iustus titulus).*“ Savigny, III., S. 372: „. . . wenn wir die *bona fides* überhaupt negativ, als Abwesenheit eines unredlichen Bewußtseins ausdrücken.“ Vgl. Anm. d. Stintzing, S. 60, 123: „Wir halten also in der ganzen Usukapionslehre die Bedeutung der *bona fides* als Negation des unredlichen Willens fest. (Nichtwissen von dem Unrechte des Autor; von den Fehlern des Erwerbaktes.)“ Scheurl, I., S. 219 f. Bruns, Arch. S. 278, 287. „Redlichkeit, Gewissenhaftigkeit wie bei Verträgen.“ Vgl. S. 288, 292, 297. Schirmer, S. 49, 60, 69 f., 99, 100: „Der gute Glaube ist uns also nichts als die formelle Übereinstimmung des subjektiven Willens mit dem objektiven Rechte.“ Schirmer, Zeitschr. f. CR. u. Pr. XV, S. 24. Böcking,

In der klassischen Zeit ist also die *usucapio pro herede* die Ersitzung desjenigen, der im Glauben, zur Erbschaft selbst berufen zu sein, die Sache mit dem Willen Erbe zu werden in Besitz nimmt, aber doch nicht Erbe wird, sondern nur das Eigentumsrecht an der Sache erwirbt. Der Wille, Erbe zu werden, war schon wegen Unmöglichkeit der Herbeiführung der gewünschten Wirkung irrelevant. Der entsprechende Besitztitel schien demnach gänzlich unpraktisch zu sein, da er einen vom Rechte nicht beachteten Inhalt und Wirkung umfaßte. Um jedoch mit dem überlieferten Titel nicht zu brechen und doch einen Sinn dem weiteren Gebrauch dieses Titels zu verleihen, hat man angefangen, den Titel *pro herede* als Aus-

---

§ 146, § e * S. 87: „. . . Überzeugung . . . Eigentum erworben zu haben . . .“ Unterholzner-Schirmer, § 94, S. 315: „*Bonae fidei possessio* = der redliche Besitz, der in dem Bewußtsein der Rechtsbeständigkeit seine Rechtfertigung findet.“ Vgl. § 95, S. 319, 322 Anm. 333. Mayer, S. 136: „*Bona fides:* das Bewußtsein der Angemessenheit an die Pflicht.“ Vgl. S. 166 f., 216. Wächter, S. 59. Źródłowski, S. 10. Bruns, Bf., S. 81. Bernhöft, Tit., S. 3. Scheurl, 2, S. 54, 66 wie Savigny; Puchta, § 157. Arndts, § 159, wie Möllenthiel. Vangerow, § 321 Anm. 1. 1. „Auf den Glauben an das Eigentum und die Dispositionsfähigkeit des Auctor ist die *bona fides* im wahren Sinne des Wortes beschränkt . . . und namentlich hat der Glaube an die Existenz und Rechtsbeständigkeit des Titels mit der *bona fides* gar nichts zu schaffen.“ Brinz, Pand., I., S. 627 f. Bechmann, S. 290: „Dagegen ist ein Mangel für die Ersitzung des justinianischen Rechts wesentlich, der Mangel des *dominium auctoris.* Daher hat auch die *bona fides* . . . ihre notwendige Richtung gerade auf diesen Punkt. Daß daneben noch andere Umstände vorkommen können, von denen der Ersitzende, um ein gutes Gewissen zu haben, nichts wissen darf, ist zufällig.“ Vgl. Anm. 28, auch S. 291, 301 und Kauf, Bd. 1, S. 616 f., Bd. 2, S. 290. Ihering, Besitzwille, S. 155, 160. Klein, S. 299, Tabelle auf S. 300, S. 316 f. Pernice, S. 459 f., 465 Anm. 1, S. 486: „Dabei betrachte ich die alte Meinung, daß die *bona fides* der Glaube des Besitzers an sein Eigentum sei, als endgültig aufgegeben.“ S. 505: „. . . *bona fides* bei dinglichen Rechten in hadrianischer Zeit . . .: 1. der Glaube des Besitzers an die Rechtmäßigkeit seines Erwerbes und Besitzes; . . . 3. der entschuldbare tatsächliche Irrtum kann die *causa* des Besitzes ergänzen, sogar ersetzen, mit der *bona fides* aber hat er nichts zu schaffen; 4. die *bona fides* hat ihre Grundlage in der Sittlichkeit . . .“ Windscheid-Kipp, I, S. 811: „So läßt sich der gute Glaube auch bezeichnen als Glaube an das Vorhandensein aller derjenigen Umstände, ohne welche die Aneignung der Sache Unrecht sein würde, und das Nichtwissen von dem Vorhandensein derjenigen, durch welche sie Unrecht sein würde.“

druck des guten Glaubens des Besitzerwerbers zu gebrauchen. Der Titel *pro herede* bedeutet jetzt nicht nur den Willen, durch Inbesitznahme Erbe zu werden, sondern außerdem noch den Glauben „*se heredem esse*". Zwei Umstände sind demnach jetzt unter den Worten *pro herede* zu verstehen: Der Wille, Erbe zu werden, und der Glaube, *se heredem esse.*[1])

Der Wille, Erbe zu werden, ist durch den Glauben an die Zugehörigkeit der Sache zu einer Erbschaft, an den Tod einer Person bedingt. Dasselbe trifft bei dem Glauben *se heredem esse* zu.

Wo der Glaube, *se heredem esse*, direkt durch die *scientia alienam rem se possidere*, *alium heredem esse*, *se heredem non esse* ausgeschlossen ist, dort ist der Titel *pro herede* nur als Wille, Erbe zu werden, so wie es die Erklärung des II., § 52 gezeigt hat, zu verstehen. Dann aber heißt die *possessio lucrativa*, *inproba.*

Der Titel *pro herede* des II., § 52 scheint demnach eine Reminiszenz der älteren Zeit zu sein. Für die klassische Zeit hat derselbe Gaius die von uns geschilderte Umwandlung im Besitztitel in IV., § 114: „*pro herede autem possidere videtur tam is qui heres est, quam is qui putat se heredem esse; pro possessore is possidet, qui sine causa aliquam rem hereditariam vel etiam totam hereditatem sciens ad se non pertinere possidet.*" überliefert.

Auch derjenige, der *putat se heredem esse*, besizt *sine causa aliquam rem hereditariam vel etiam totam hereditatem.* Wenn also Gaius beide Besitzfälle *sine causa* verschieden betitelt, so

---

[1]) Über die Bedeutung des Ausdruckes *pro herede possessio, pro possessore possessio.* Vgl. Böcking, § 146, S. 96 f. Unterholzner-Schirmer, § 101, S. 342 f. Voigt, S. 195 Anm. 109. Fitting, 51, S. 9 f.; 52, S. 240 f., S. 243 Anm. 150: „Die *pro possessore possessio* wird daher genauer zu bestimmen sein, als Besitz mit dem *animus domini*, aber ohne wirklichen Titel und mit dem Bewußtsein, daß kein solcher vorhanden sei. Beides muß zusammentreffen: der Mangel des Titels selbst und das Wissen von diesem Mangel, eines für sich allein ist nicht ausreichend." Bechmann, S. 300 Anm. 48. Mayer, S. 238. Klein, S. 344, 371: „. . . *pro possessore* speziell im Gegensatze zu einem durch Angabe des Ersitzungstitels bezeichneten Besitze gebraucht, sagt nichts anderes, als daß dieser als *pro possessore* qualifizierte Besitz nicht Ersitzungsbesitz ist."

ist es ersichtlich, daß diese Verschiedenheit der Bezeichnung, die Hervorhebung des *putare*, also des guten Glaubens, und der *scientia ad se non pertinere* bezweckt.

Obwohl Gaius diese Unterscheidung an der Stelle, wo er das *interdictum quorum bonorum* behandelt, überliefert, so findet sich doch dabei eine Bestätigung, daß der Titel *pro herede* nicht nur den Besitzer mit dem Willen, Erbe zu werden, sondern auch einen gutgläubigen Besitzer *pro herede* bedeutet.

Die IV., § 144 und II., § 52 verglichen, haben denselben Tatbestand; *„qui sciat alienam rem se possidere"* = *„sciens ad se non pertinere"*, und doch werden zwei Besitztitel gebraucht.

Wenn derselbe Jurist, in demselben Werke, bei demselben Tatbestande zwei verschiedene Besitztitel überliefert, so ist der Gedanke, daß er dadurch nur etwas **mehr** ausdrücken wollte, viel mehr gerechtfertigt als der Gedanke, daß er dadurch einen ganz **neuen**, mit dem überlieferten nichts gemeinsam habenden Titel schaffen wollte. Der Ausdruck *pro herede* in IV., § 144 bedeutet demnach einen Besitzerwerber, der mit dem Willen, Erbe zu werden, die Sache in Besitz nahm und dabei noch entweder wirklich Erbe ist oder Erbe zu sein glaubt.

Der Ausdruck *pro possessore* in IV., § 144 ist kein Gegensatz zum *pro herede* des II. § 52, sondern seine Ergänzung, denn er bezeichnet außer dem Willen Erbe zu werden im Titel des II., § 52 noch den Mangel des guten Glaubens beim Erwerber. Der Besitztitel *pro possessore* ist immer nur der Ausdruck des Mangels des guten Glaubens, somit der Versagung der Usukapionsbefugnis. *Pro herede* bedeutet in II., § 52, 166, 167, nur den Willen Erbe zu werden, in IV., § 144 den Willen Erbe zu werden und den guten Glauben.[1]) Die Umwandlung im Titel *pro herede* bestätigt auch Ulpianus. L. 11 pr., D. 5, 3: *Pro herede possidet, qui putat se heredem esse. Sed an et is, qui scit se heredem non esse, pro herede possideat, quaeritur: et Arrianus libro secundo de interdictis putat teneri, quo iure nos uti Proculus scribit. sed enim et bonorum possessor pro herede videtur possidere.*

---

[1]) Klein, S. 377. „Die *„improba pro herede possessio"* *„pro poss.*-Besitz" zu nennen oder gar als solchen zu qualifizieren, ist . . . quellenwidrig."

Der erste Satz der Stelle ist eine wörtliche Bestätigung des IV., § 144 des Gaius und noch mehr, dieser Satz hat die bestimmte Form einer Rechtsregel im Vergleiche mit dem *videtur* des Gaius. Gaius drückt sich noch unbestimmt aus, Ulpian jedoch überliefert diesen Satz als feststehende Regel, daß *„pro herede possidet, qui putat se heredem esse"*.

Nachher hat Ulpian im zweiten Satze die Frage aufgeworfen, ob auch derjenige, *qui scit se heredem non esse, pro herede* besitzt. Er selbst äußert sich darüber nicht ausdrücklich, aber die Anführung des Arrianus und Proculus und der Vergleich mit dem *bonorum possessor*, der mit *„sed"* angeknüpft wird, läßt keinen Zweifel übrig, daß er derselben Meinung war.

In diesem Satze wird dem Besitzer der Besitztitel *pro herede* von Arrianus, Proculus und nach ihnen Ulpianus nur deswegen erteilt, weil er die Sache mit dem Willen Erbe zu werden erwarb. Da auch der *bonorum possessor* Erbe werden will, so wird auch sein Besitz *pro herede* genannt, obwohl er kein Zivilerbe, kein *heres* ist. Hier berührt Ulpian die älteste Bedeutung des Titels *pro herede* (II., § 52); deswegen die Berufung auf die *veteres*. Dadurch erklärt sich der scheinbare Widerspruch zwischen dem Anfangssatze und dem Satze 1, auf dieselbe Art, wie wir es bei II., § 52 und IV., § 144 getan haben.

Ulpian ist auch in dem Titel *pro possessore* dem Gaius treu geblieben[1]). L. 11 § 1, D. 5, 3: *pro possessore vero possidet praedo*;

L. 12, D. 5, 3: *qui interrogatus*[2]) *cur possideat, responsurus sit „quia possideo" nec contendet se heredem vel per mendacium;*

L. 13 pr., D. 5, 3: *nec ullam causam possessionis possit dicere: et ideo fur et raptor petitione hereditatis tenentur.* (Vgl. L. 13 § 8, 12, L. 20 § 6 c., 12, L. 25 § 3, 5, 6, 7, 17, L. 28, L. 36 § 3, 5, D. 5, 3; L. 7 § 4, D. 10, 3; L. 5, D. 41, 2.)

---

[1]) Klein, S. 372, 373: „Die Ulpiansche Kategorisierung der mit Erbschaftsklage belangbaren Personen ist also nichts anderes als Anwendung des Gaianischen Begriffes des *pro herede*-Ersitzungsbesitzes." Pernice, S. 352 Anm. 2, S. 394 Anm. 2.

[2]) Stintzing, S. 12. Mayer, S. 244. Bernhöft, Bt., S. 11.

Die Frage, wer mit der *hereditatis petitio* belangt werden kann, gehört nicht in den Bereich unserer Abhandlung, sie bleibt daher unberührt.

Praedo ist die Bezeichnung eines unredlich Handelnden. Ulpian sagt von ihm, daß er, befragt, warum er besitzt, mit dem „*quia possideo*" antworten wird und weder sich ein wirkliches Erbrecht zuschreiben, noch mit einem gelogenen *putare se heredem esse* abwehren will. Also nicht deswegen, weil er keine *causa possessionis possit dicere*, sondern weil er *praedo* ist und wissentlich, *sciens ad se non pertinere* (IV., § 144) *possidet*, auf die Frage *cur possideat*, offen seine Unredlichkeit eingesteht, sich also mit keinem scheinbaren oder vermeintlichen Erbrechte verteidigt; deshalb wird er *pro possessore* genannt. Auch der Besitzer im Glauben *se heredem esse* (Gai IV., § 144; L. 11 pr., D. 5, 3) besitzt *sine causa (sine causa possidet*, Gai IV., § 144; *nullam causam possessionis potest dicere*, L. 13 pr., D. 5, 3), und doch wird sein Besitz *pro herede* eben auf Grund des guten Glaubens betitelt.

Die *pro herede possessio* bedeutet demnach bei Gaius und Ulpian: 1. den Besitz des wahren Erben; 2. den Besitz des *inprobe, lucrative* erwerbenden Besitzers in II., § 52, weil er mit dem Willen Erbe zu werden die Sache in Besitz nahm; 3. in der klassischen Zeit den Besitz des gutgläubigen Besitzers, weil er außer dem Willen, Erbe zu werden, noch *putat se heredem esse.* Die *pro possessore possessio* hingegen bedeutet den Besitz eines unredlichen Besitzers.

Die für die erste Periode festgestellten Erfordernisse der Ersitzung *pro herede*, daß sie nämlich nur bei einer *res hereditaria*, vor dem Besitzerwerbe seitens des wirklichen Erben und nur einem erbfähigen Usukapienten zu statten kommt, sind nach L. 29, D. 41, 3; L. 1, 2, 4, D. 41, 5 aufrechterhalten in der klassischen Zeit geblieben.

Angesichts der jetzigen Wirkung der Ersitzung, daß sie nur das Eigentumsrecht an der Sache verschafft, scheinen diese Erfordernisse unnatürlich zu sein, denn zum Erwerbe des Eigentumsrechtes an einer Sache ist weder die Erbfähigkeit noch die Zugehörigkeit der Sache zu einer Erbschaft, demnach auch

nicht der Nichtbesitzerwerb seitens des wahren Erben notwendig.[1])

Diese Erfordernisse stehen aber in keinem kausalen Verhältnisse zum Eigentumserwerbe durch Usukapion *pro herede.* Die Aufnahme derselben in die Digesten läßt sich nur aus der Vorliebe der römischen Jurisprudenz zu hergebrachten und im Volksleben eingewurzelten Rechtsnormen erklären, umsomehr als auch der Titel *pro herede* seinen unpraktischen Inhalt, nämlich den Willen Erbe zu werden zu bezeichnen, bewahrte.

Daß jedoch die Unnatürlichkeit dieser Erfordernisse von einigen Juristen ausgenützt wurde, beweist die auf verschiedene Art und Weise erklärte L. 3, D. 41, 5.[2])

Pomponius: *Plerique putaverunt, si heres sim et putem rem aliquam ex hereditate esse, quae non sit, posse me usucapere.* (Vgl. L. 1, C. 7, 29.)

Ein Erbe *(si heres sim; qui heres est,* Gai IV., § 144) hat eine *non hereditaria res* in der Absicht, dadurch Erbe zu werden, und in der Meinung, daß sie *hereditaria* sei, in Besitz genommen. Viele Juristen waren nun der Meinung, daß dem Erben in diesem Falle die Ersitzung, obwohl an einer *res non hereditaria,* zuzugestehen sei. Diese Meinung kann aber nur vom obigen Standpunkte aus verstanden werden, daß in der Zeitperiode, in der die Ersitzung *pro herede* nur zum Eigentumserwerbe an der besessenen Sache führte, das Erfordernis der Zugehörigkeit der Sache zu einer Erbschaft nachgesehen werden konnte, natürlich nur vermittels des Glaubens des *pro herede* Besitzers darüber, da nur in diesem Glauben der Wille Erbe zu werden gefaßt werden konnte.

---

[1]) Pernice, S. 431 Anm. 1: „Gewiß stammen zwei dieser Erfordernisse, die *testamenti factio* für den Usukapienten und die Zugehörigkeit der Sache zum Nachlasse aus der Zeit der alten Erbschaftsersitzung."

[2]) Dabelow, I., S. 344. Kori, S. 112 f. Roßhirt, S. 15, 21, 24 f. Huschke, S. 184 f. Stintzing, S. 93 Anm. 86. Böcking, § 146, § s S. 97 Anm. 54, § 147, § b, S. 103 Anm. 12. Keller, Pandekten, § 133 Anm. 20. Schirmer, XVI., S. 5 f. Unterholzner-Schirmer, § 106, S. 363 Anm. 373. Puchta, Vorlesungen, § 159. Fitting, 52, S. 245—253 Anm. 159, S. 274 f. David, S. 21. Mayer, S. 84, 194. Bernhöft, Tit., S. 18, 32, 34, Bt., S. 18 Anm. 4. Źródłowski, S. 38. Vangerow, § 320 Anm. 1. 1. Arndts, § 159 Anm. 3, 6 α. Abraham, S. 41, 66. Klein, S. 385 Anm. 41. Windscheid-Kipp, § 179, S. 819.

Das ist ein Fall der *possessio pro herede*, keiner *possessio pro suo*[1]) und steht entsprechend der Reihenfolge der Titel des 41. D.-Buches unter dem Titel V. *pro herede vel pro possessore*, da der Besitzer mit dem Willen Erbe zu werden und in der Meinung *rem hereditariam esse* und nicht in dem Glauben *dominium sibi adquiri* (L. 1, D. 41, 10) die Sache an sich zog.

„Si heres sim" bedeutet nur, daß jemand Erbe ist, zur Erbschaft berufen ist und durch die Inbesitznahme dieser *res non hereditaria* mit dem *putare ex hereditate esse* Erbe sein will, aber nicht, daß jemand schon die Erbschaft in Besitz nahm und erst dann eine in der Erbschaft gefundene *non hereditaria res* erwarb. An dieser Stelle kann nur an eine *pro herede gestio* des wahren Erben, eben bezüglich der *res non hereditaria* gedacht werden, und diese *gestio*, in dem Glauben an die Zugehörigkeit der Sache zur Erbschaft, führt zur Eigentumsersitzung.

Es ist eine Ergänzung der *proba, lucrativa usucapio pro herede* des Eigentumsrechtes des vermeintlichen Erben an einer wirklichen *res hereditaria.* Hier wird vom wahren Erben das Eigentumsrecht an einer vermeintlichen *res hereditaria* ersessen. Die *usucapio* des vermeintlichen Erben an einer *res hereditaria* geschah unter dem Titel *pro herede.* Hier hat man den Ersitzungstitel ausgelassen[2]), es wird nur die Tatsache *„posse me usucapere"* konstatiert und dies absichtlich, um dadurch die Möglichkeit der Eigentumsersitzung an einer vermeintlichen *res hereditaria* auf Grund der *possessio pro herede* anzuerkennen, aber dabei auch die feststehende Regel, daß *usucapio* nur der Besitz einer *res hereditaria „pro herede"* genannt werden kann, nicht anzufechten.

Die *possessio pro herede* führt zur Ersitzung des Erbrechtes *pro herede*, später des Eigentumsrechtes, nur bei einer *res hereditaria;* zur Ersitzung des Eigentumsrechtes ohne diesen Titel bei einer *res non hereditaria.*

---

[1]) Donell, Comm. V. c. 14. Roßhirt, S. 21, 28—30. Stintzing, S. 93 Anm. 86: „es ist bestritten, ob hier eine *usucapio pro herede* oder *pro suo* stattfinde."

[2]) Mayer, S. 195: „Der Titel, welchen die Erbschaft mit dem Glauben, daß der Erblasser Eigentümer gewesen sei, bildet, ist ein unbenannter Titel."

Da außer dem wahren Erben auch derjenige *pro herede* besitzt, der *putat se heredem esse*, so findet sich kein Grund zur ausnahmsweisen Begünstigung nur des wahren Erben. Man kann mit Recht sagen: *Plerique putaverunt, si putem me heredem esse et rem aliquam ex hereditate esse, quae non sit, posse me usucapere.*

Eine Possessionsersitzung der klassischen Zeit war jene, in der jemand, der gutgläubig die Sache in Besitz nahm, das Eigentumsrecht an der Sache ersitzen konnte.[1]) Von den Erfordernissen der *usucapio pro herede* des II., § 52 des Gaius ist nur der Besitztitel geblieben, dazu ist jedoch anstatt der objektiven Erfordernisse, die wir schon kennen, der gute Glaube erforderlich.

Der Besitztitel ist wirklich vorhanden, der Ersitzungstitel wird jedoch der Ersitzung abgesprochen, aber nicht deshalb, weil dem Besitzer keine Berechtigung, kein Rechtsgrund zur Inbesitznahme zusteht, sondern weil die Ersitzung unter dem Titel *pro herede* nur an einer *res hereditaria* möglich ist. Die L. 3 erscheint demnach als Umhüllung der klassischen Possessionsersitzung des *bonae fidei possessor* einer Sache auf Grund des Besitzes *pro herede.*[2]) Sie steht in keinem Widerspruche zu L. 1, D. 41, 5 desselben Juristen, wenn man die L. 1 als eine Regel der ersten Periode, die L. 3 als Anführung der Meinung in der zweiten Periode auffaßt. Schon der Umstand, daß die Kompilatoren beide Fragmente eines und desselben Juristen in demselben D.-Titel zitieren, spricht dafür, daß auch ihnen diese Stellen nicht als direkt widersprechend, sondern als geschichtlich gerechtfertigt erschienen.

In dem Titel V des 41. D.-Buches ist die L. 1 der Schilderung des ältesten Zustandes, die L. 3 der des neueren gewidmet, die L. 3 führt nur eine Meinung an, die auf Grund der Umwandlung des Institutes entstehen konnte, und konnte mit der L. 1 sehr wohl in demselben Digestentitel als spätere Lex Aufnahme finden.

---

[1]) Klein, S. 276.

[2]) Fitting, 52, S. 261: „Wir finden diesem nach im früheren römischen Rechte zwei allerdings verschiedene und wohl auseinander zu haltende Arten von *pro herede usucapio* vor, die kaum etwas mehr als den Namen miteinander haben."

Eine Ähnlichkeit findet sich in der L. 21, D. 41, 3.[1])

Javolenus: *Ei, a quo fundum pro herede diutius possidendo capturus eram, locavi eum: an ullius momenti eam locationem existimes, quaero: quod si nullius momenti existimas, an durare nihilo minus usucapionem eius fundi putes. item quaero, si eidem vendidero eum fundum quid de his causis, de quibus supra quaesii, existimes. respondit: si is, qui pro herede fundum possidebat, domino eum locavit, nullius momenti locatio est, quia dominus suam rem conduxisset: sequitur ergo, ut ne possessionem quidem locator retinuerit ideoque longi temporis praescriptio non duravit. in venditione idem iuris est, quod in locatione, ut emptio suae rei consistere non possit.*

„Ei“, „a quo“ kann selbstverständlich nicht von einem Gestorbenen gesagt werden, denn einem Gestorbenen kann man das Grundstück nicht *„locare“*. Es bedeutet einen lebenden Eigentümer des Grundstückes, und diesem hat der *pro herede possessor* das Grundstück verpachtet. Es bestätigt sich ohne Zweifel, daß der Besitztitel *pro herede* nicht nur bei einer *res hereditaria,* sondern auch bei einer *res ex vivi bonis* vorkommt.

Wie kann jedoch der Jurist von einer Ersitzung an einer *res non hereditaria (capturus eram)* reden, wenn die Ersitzung *pro herede* regelmäßig nur bei einer *res hereditaria* stattfinden kann? Das ist nur in dem Sinne, wie wir die L. 3, D. 41, 5 erklärt haben, zu verstehen. Es ist ein Fall der Possessionsersitzung des Eigentumsrechtes an einer Sache durch den gutgläubigen Besitzer auf Grund der *possessio pro herede* und entspricht vollkommen dem *plerique putaverunt.*

Auch in dieser Hinsicht ist die L. 21 mit der L. 3 identisch, denn auch hier wird nur der Besitz *pro herede,* aber nicht auch die Ersitzung *pro herede* genannt. Der Jurist vermeidet es, die Ersitzung *pro herede* zu nennen, und sagt zu diesem Zwecke: *„pro herede diutius possidendo“*; wenn wir das *diutius* als Andeutung der Ersitzungszeit auslassen, bleibt der Ausdruck *„pro herede possidendo“*. Hätte er sagen wollen, „derjenige, der die Sache *pro herede* zu ersitzen anfing“, so lag ihm viel näher der Ausdruck *„pro herede usucapturus eram“;*

---

[1]) Klein, S. 360.

wenn er jedoch so, wie die Stelle lautet, seinen Gedanken ausprägt, so tut er dies absichtlich, um die Tatsache des Besitzes *pro herede* von dem Usukapionserfolge ohne Titel genau zu trennen. Daß dieses *„diutius possidendo“* nicht erst von Kompilatoren anstatt des *„usu“* eingestellt wurde, beweist der Umstand, daß sie an vielen anderen Stellen und auch in der Inschrift des Titels III., D. 41, das Wort *„usucapere“*[1]) gelassen haben.

Für unsere Vermutung, daß der Jurist absichtlich den Besitz *pro herede* von dem Ersitzungserfolge trennte, spricht noch das *„qui pro herede fundum possidebat“*, anstatt zu sagen: *„qui pro herede fundum usucapiebat“*, aber noch nicht ersessen hat.

Daß hier *„ei, a quo“*, *„domino“* nicht[2]) vom Erben, der die Erbschaft annahm und auch das Erbrecht bezüglich des ihm verpachteten Grundstückes hat, verstanden werden soll, ist erklärlich, denn erstens gibt das Erbrecht für sich allein noch kein Eigentumsrecht an der Sache, zweitens hätte Javolen gewiß anstatt *„ei, a quo“* und *„domino“*: *„heredi, a quo“* und *„heredi“* gesagt.

Die Entscheidung der Stelle selbst liegt nicht im Bereiche unserer Abhandlung.

In den Digesten sind außer den schon besprochenen Stellen noch die folgenden über den Besitz *pro herede* zu erklären.

L. 33 § 1, D. 41, 3. Julianus:

I. *„Quod vulgo respondetur ipsum sibi causam possessionis mutare non posse, totiens verum est, [quotiens quis sciret se bona fide non possidere]*[3]) *et lucri faciendi causa inciperet possidere:*

II. *idque per hoc probari posse.*

1. *Si quis emerit fundum sciens ab eo, cuius non erat, possidebit pro possessore* (vgl. L. 13 § 8, D. 5, 3):

---

[1]) Dabelow, I., S. 124: „Das Wort *capere* wurde bei den römischen Juristen als Kunstwort von allen den Fällen gebraucht, wo man etwas mit Eigentumsrecht oder eigentumsartig erhielt.“ Ulpianus, L. 71 pr., D. 50, 16: *Aliud est ‚capere‘ aliud ‚accipere‘, capere cum effectu accipitur: accipere, et si quis non sic accepit, ut habeat. ideoque non videtur quis capere, quod erit restituturus.* Böcking, S. 73 Anm. 6. Unterholzner-Schirmer, S. 9, 28.

[2]) Anders Klein, S. 360 Anm. 6.

[3]) Pernice, S. 480 Anm. 1; hält die eingeklammerten Worte für interpoliert.

2. *sed si eundem a domino emerit, incipiet pro emptore possidere, nec videbitur sibi ipse causam possessionis mutasse.*

3. *idemque iuris erit etiam, si non a domino emerit, cum existimaret eum dominum esse.*

4. *idem hic si a domino heres institutus fuerit vel bonorum eius possessionem acceperit, incipiet fundum pro herede possidere.*

5. *hoc amplius si iustam causam habuerit existimandi se heredem vel bonorum possessorem domino exstitisse, fundum pro herede possidebit nec causam possessionis sibi mutare videbitur.*" (Vgl. L. 20 § 6, 12, D. 5, 3; L. 44 § 4, D. 41, 3.)[1])

Uns interessiert derzeit nur der Besitz *pro herede,* also die Sätze 4 und 5. Betreffs der *causa possessionis* werden wir erst später Gelegenheit finden, einige Worte beizutragen.

Zur Erklärung des Satzes I. dient am besten der Vergleich mit der L. 2 § 1, D. 41, 5[2]) aus demselben Werke und Buche Julians:

a) „Quod volgo[3]) respondetur causam possessionis neminem sibi mutare posse, sic accipiendum est, ut possessio non solum civilis, sed etiam naturalis intellegatur.

b) et propterea responsum est neque colonum neque eum, apud quem res deposita aut cui commodata est, lucri faciendi causa pro herede usucapere posse[4])", und mit den Gai II., §§ 52, 56 und IV., § 144:

a) (§ 52) *„Rursus ex contrario accidit, ut qui sciat alienam rem se possidere, usucapiat, veluti si rem hereditariam, cuius possessionem heres nondum nactus est, aliquis possederit; nam ei*

---

[1]) Thibaut, S. 95. Kori, S. 112, 235, 274. Roßhirt, S. 19 Anm. 29. Savigny, III., S. 371 Anm. a. Stintzing, S. 94. Böcking, § 146, § s, S. 97 Anm. 53, 54, § w Anm. 63. Unterholzner-Schirmer, § 106, S. 358 Anm. 368, § 107, S. 371. Fitting, 52, S. 240 Anm. 148, S. 242 Anm. 150, S. 244, Anm. 279. Mayer, S. 216 f. Źródłowski, S. 37. Bernhöft, Tit., S. 30 Anm. 79. Vangerow, § 320 Anm. 1, 2. Arndts, § 159 Anm. 3 c β und d. d. zit. Litt. Klein, S. 42 Anm. 105, S. 384, S. 439 Anm. 57, S. 441. Pernice, S. 397 Anm. 1, S. 425 f., 430 Anm. 1.

[2]) Huschke, S. 195. Unterholzner-Schirmer, § 100, S. 337, 340 Anm. 349. Abraham, S. 70.

[3]) Klein, S. 441: „. . . daß der Satz in den Quellen als ein im Volke verbreiteter bezeichnet wird."

[4]) Klein, S. 440.

concessum est usucapere, ... quae species possessionis et usucapionis pro herede vocatur.

β) (§ 56.) *Haec autem species possessionis et usucapionis etiam lucrativa vocatur; nam sciens quisque rem alienam lucrifacit.*

γ) (IV., § 144) *pro herede autem possidere videtur tam is qui heres est, quam is qui putat se heredem esse* (vgl. L. 17, L. 20 § 6 a, 12, 13, L. 31 pr., 42, D. 5, 3);

δ) *pro possessore is possidet qui sine causa aliquam rem hereditariam vel etiam totam hereditatem sciens ad se non pertinere possidet.*"

Im Satze I. ist anstatt „*qui sciat alienam rem se possidere*" des Satzes *α*), das „*quis sciret se bona fide non possidere*" des Julian gebraucht. Also das „*scire alienam rem se possidere*" ist bei Julian gleichbedeutend mit „*scire se bona fide non possidere*". Eine Verallgemeinerung des in II., § 52 gebrauchten Ausdruckes liegt demnach vor.

„*Lucri faciendi causa inciperet possidere*" des Satzes I., verglichen mit *β*), bedeutet wiederum dasselbe, daß jemand „*sciens (quisque) rem alienam lucrifacit*". Dies ist wiederum eine Verallgemeinerung des Begriffes „*lucrativa*" für alle Fälle des Besitzes, nicht nur, wie im Satze *β*), für die *possessio* und *usucapio pro herede.*

Die Sätze I. und *α*) zeigen eine große Ähnlichkeit, das zweimal gebrauchte „*possidere*" und „*inciperet possidere*" und in II., § 52 „*possidere*", „*possederit*". Jedoch enthält der Satz I. einen anderen Tatbestand. Jemand hat schon eine Sache im Besitze, er weiß, daß diese Sache ein fremdes Eigentum bildet, daß er eine fremde Sache besitzt, also daß er *bona fide non possidet.* Nachher will er sich selbst *causam possessionis mutare.* Julian versagt ihm diese *mutatio causae,* wenn er diese wiederum „*sciens rem alienam se possidere*" also lukrativ (*β*) vornimmt.

Der Satz II. enthält die *probatio* dieser Regel. Wenn jemand ein Grundstück kauft, wissentlich von einem Nichteigentümer (also *sciens se bona fide non possidere, sciens alienam rem se possidere, sciens ab eo, cuius non erat,* sind gleichbedeutend), *possidebit pro possessore.*

Das *„pro possessore possidebit"* ist identisch mit dem *„pro possessore is possidet qui . . . . . sciens ad se non pertinere possidet"* des Satzes δ) und dient zum Ausdrucke des unredlichen Besitzes. Also *„sciat alienam rem se possidere"*, *„sciens ad se non pertinere"* des Gaius und *„sciens ab eo, cuius non erat"* (1) finden bei Julian einen allgemeinen, für die klassische Possessionsersitzung wichtigen Ausdruck *„sciret se* ***bona fide non possidere"***, was in dem von Gaius gebrauchten Titel *„pro possessore"* einen Namen findet.

Der Besitz *pro possessore* bedeutet demnach auf Grund der bisherigen Ergebnisse einen unredlichen Besitz, einen unredlichen Besitzer, und diese Unredlichkeit wird durch das Wissen, daß man fremdes Eigentum besitzt, bedingt.

Wir gehen zu den Sätzen 4. und 5. über, da in den Sätzen 2. und 3. der Besitztitel *pro emptore* behandelt wird, worüber unten.

Der wissentliche Käufer vom Nichteigentümer in Satz 1. wird nachher vom Eigentümer zum Erben eingesetzt oder vom Praetor als Erbe durch die *datio* der *bonorum possessio* anerkannt. Nach Satz 4. wird er das Grundstück von diesem Zeitpunkte ab, wie im Satze γ), *pro herede* besitzen.

Im Satze 5. hat der Käufer des Satzes 1. geglaubt, *se . . . . exstitisse.* Das Wort *„exstitisse"* kann nicht anders aufgefaßt werden als *„esse"*, somit der Glaube *„se exstitisse"* als Glaube, daß man zur Erbschaft nach dem Zivilrechte oder praetorischen Edikte berufen ist, wie im Satze γ).

Im Satze 4. wurde jemand tatsächlich zur Erbschaft berufen, also entweder zum Erben eingesetzt oder vom Praetor als *bonorum possessor* anerkannt, im Satze 5. ist er weder nach dem zivilen Rechte, noch nach dem praetorischen Edikte zur Erbschaft berechtigt. In beiden Sätzen *„fundum pro herede possidebit"*, liegt somit eine vollkommene Bestätigung des Satzes γ) von Gaius und der Ansicht von Ulpian in L. 11 pr., D. 5, 3.

Jetzt kommt die Anwendung der Regel *nemo sibi.*

„Idem" des Satzes 4. und *„hoc amplius"* des Satzes 5. kommt gleich dem *„nec videbitur . . . mutasse"* des Satzes 2., was noch zum Überflusse am Schlusse des Satzes 5. wiederholt wird.

Warum findet die Anwendung der obigen Regel nicht statt? Einzig und allein aus dem Grunde, weil der Käufer in Satz 1. nicht *„lucri faciendi causa“* (I.) seinen Besitz der wissentlich vom Nichteigentümer erworbenen Sache fortsetzt, also nicht *„sciens rem alienam“* (β) weiter besitzt, sondern weil er entweder *„heres“* ist oder *„putat se heredem esse“* (γ), kurz gesagt, weil er gutgläubig, redlich von diesem Momente an *„pro herede“* den Besitz fortsetzt.[1])

Da der Satz I. eine allgemeine Regel repräsentieren sollte, so hat Julian in ihm den Besitztitel nicht erwähnt. Die Besitztitel kommen erst in den Beispielen, also in den Sätzen 1. bis 5. In den Sätzen 4. und 5. handelt es sich um einen Besitz *pro herede;* daher wird dieser Besitztitel gebraucht.

Der Satz *b)* behandelt einen Fall, in dem der Besitzer der Sache gestorben ist und der Kolonus, Depositar oder Kommodatar eine Ersitzung des II., § 52 anfangen will. Julian versagt ihnen mit Hilfe der Regel *„nemo sibi“* diese Befugnis, da diese Regel auch den natürlichen Besitz[2]) der Sache umfaßt. Das *„lucri faciendi causa pro herede“* ist also eine direkte Erinnerung an die *inproba, lucrativa usucapio pro herede* des II., § 52, Gai.[3]) Nur in dem Sinne genommen, widerspricht es nicht dem Titel *pro possessore* der Sätze *δ*) und 1. und steht im Einklange mit dem Satze *α*) und L. 11 pr., D. 5, 3.

L. 2, § 2 D. 41, 5[4]) ist nur eine konsequente Anwendung des Satzes *α*.

Filium quoque donatam rem a patre pro herede negavit usucapere Servius, scilicet qui (a) existimabat naturalem possessionem penes eum fuisse vivo patre. cui consequens est, ut filius a patre heres institutus res hereditarias a patre sibi donatas pro parte coheredum usucapere non possit.

---

[1]) Klein, S. 286, 384: „... denn man kann kaum deutlicher, als es in L. 33 § 1, D. 41, 3 geschehen, die Gestattung gutgläubiger *pro herede*-Ersitzung als Konsequenz eines für die *bonae fidei possessio* überhaupt ausgesprochenen Prinzips hinstellen.“ Vgl. S. 440.

[2]) Thibaut, S. 21. Klein, S. 443. Pernice, S. 425.

[3]) Klein, S. 440. Pernice, S. 429.

[4]) Unterholzner-Schirmer, § 100, S. 337. Fitting, 52, S. 12 Anm. 99, 100, S. 240 Anm. 148, S. 266 Anm. 174. Klein, S. 311, 342 Anm. 131, S. 439.

Der Vater hat seinem Sohne seine eigene Sache geschenkt. Der *filius* hat zur Zeit des Lebens seines Gewalthabers nur den natürlichen Besitz, die *possessio naturalis* des Satzes *a)* erworben. Nach dem Tode des Vaters wollte der Sohn diese Sache *improbe*, lukrativ wie in II., § 52, ersitzen.

Daß hier dieser Fall gemeint wird, zeigt der letzte Satz, wo ausdrücklich die Nichtberechtigung des *filius* zu denjenigen Erbschaftssachen, die den Erbschaftsanteil der Miterben bilden, betont wird. Also im ersten Satze ist der *filius* gänzlich, im letzten nur teilweise nicht berechtigt. Er will in beiden Sätzen *„sciens se alienum possidere"* den Besitz der naturaliter schon besessenen Sache fortsetzen, denn sonst stünde diese Stelle in direktem Widerspruche mit dem Satze 5.

In beiden Fällen *scit* der *filius alienum se possidere* und will *pro herede usucapere.* Da er aber schon den natürlichen Besitz der Sache innehat, wird ihm diese Befugnis nach der Regel *„nemo sibi"* des Satzes *a)* abgesprochen. (Vgl. L. 4, D. 41, 6; L. 11, C. 8, 54.)

Der Besitztitel *„pro herede"* bedeutet anfangs nur den Willen, Erbe zu werden. In der zweiten Periode wird mit diesem Titel außer dem Willen, Erbe zu werden, noch der gute Glaube des Besitzers ausgedrückt.

Der Besitztitel *pro possessore* bezeichnet nur den Mangel des guten Glaubens.

Die Ersitzung *pro herede* erfordert anfangs: 1. den Besitz *pro herede* nur als Ausdruck des Willens, Erbe zu werden; 2. *rem hereditariam*; 3. den Nichtbesitzerwerb seitens des Erben.

Diese Ersitzung wird *inproba lucrativa* genannt, gegen den wahren Erben aber unwirksam gemacht und durch die Regel *„nemo sibi"* getroffen. Sie führt zum Erwerbe des Erbrechtes, später nur des Eigentumsrechtes.

In der zweiten Periode erfordert die Ersitzung *pro herede* außer der 2. und 3. Bedingung den Besitz *pro herede*, als Ausdruck des Willens Erbe zu werden und des guten Glaubens des Besitzers. Sie führt zum Erwerbe des Eigentumsrechtes an der Sache. Auf Grund des Besitzes *pro herede* findet die Ersitzung ohne Titel an einer *res non hereditaria* statt, wenn der

Besitzer glaubte, daß er zur Erbschaft berufen ist und daß diese Sache zur Erbschaft gehört. Das ist ein Fall der Eigentumsersitzung einer Sache ohne Titel auf Grund der *bonae fidei possessio pro herede.*

Es entsteht nun die sehr wichtige Frage, was den Inhalt des guten Glaubens, der in dem Besitztitel *pro herede* seinen Ausdruck findet, in den von uns besprochenen Quellenfragmenten bildet.

Unredlich besitzt derjenige, der *sciat alienam rem se possidere*; *sciens quisque rem alienam lucrifacit; qui sine causa aliquam rem hereditariam vel etiam totam hereditatem sciens ad se non pertinere possidet; qui scit se heredem non esse; qui interrogatus cur possideat, responsurus sit „quia possideo" nec contendet se heredem vel per mendacium, nec ullam causam possessionis possit dicere; sciret se bona fide non possidere,* weil er *emerit . . . sciens ab eo, cuius non erat.*

Redlich besitzt: *qui heres est; qui putat se heredem esse; qui heres est et putat rem aliquam ex hereditate esse quae non sit; qui putat se heredem esse et rem aliquam ex hereditate esse quae non sit*; *si a domino heres institutus fuerit vel bonorum eius possessionem acceperit; si iustam causam habuerit existimandi se heredem vel bonorum possessorem domino exstitisse.*

Der wirkliche Erbe, der eine wirkliche *res hereditaria* in Besitz nahm, ist ohne Angabe seiner Meinung gutgläubiger Besitzer. Es ist wohl denkbar, daß ein wirklicher Erbe eine wirkliche Erbschaftssache in Besitz nimmt, aber in der Meinung, *putare se heredem non esse* und in der *scientia rem hereditariam esse*, oder in der Meinung *se heredem non esse, rem hereditariam non esse.*

Im letzteren Falle besitzt er weder objektiv *improbe* noch lucrativ, subjektiv unredlich, aber auch nicht *pro herede,* da bei der Meinung, *rem hereditariam non esse,* auch der Wille Erbe zu werden, somit der Besitztitel *pro herede* unmöglich ist.

Es bleibt nur der vorletzte Fall des Besitztitels *pro herede* möglich. Darüber aber wird nicht ein Wort gesagt, ob die irrtümliche Meinung des wahren Erben über sein eigenes Erbrecht berücksichtigt werden soll. Es wird nur gesagt, daß der wirkliche Erbe redlich besitzt.

Derjenige, der das Erbrecht hat, ist ein redlicher Besitzer, er mag darüber im Irrtum sein oder nicht, — vielleicht nach der Regel *„plus est in re, quam in existimatione mentis."* Hier ist die Meinung des Besitzers nicht erwähnt, also auch ihr Inhalt nicht angegeben. Diesen Inhalt finden wir aber bei demjenigen, *qui putat se heredem esse* und in dieser Meinung eine wirkliche Erbschaftssache in Besitz nahm. Er glaubt irrtümlich, daß ihm das Erbrecht zustehe.

Bona fides ist demnach der Glaube des Besitzers an sein Recht, also an die Existenz einer Tatsache, die auf seiner Seite liegt. Diese *bona fides* wird beim wirklichen Erben nicht erwähnt, weil die Tatsache, die ihren Inhalt bildet, wirklich vorhanden ist.

Beim wirklichen Erben ist die Ersitzung ausgeschlossen, da er durch Inbesitznahme der Erbschaftssache sofort Eigentümer wird.

Beim vermeintlichen Erben hingegen ist die Ersitzung notwendig, um an der Sache das Eigentum zu erwerben.

Beim wirklichen Erben bleibt die Meinung über sein Erbrecht unberücksichtigt, wenn dieses Erbrecht die in Besitz genommene Sache umfaßt. Wenn jedoch die in Besitz genommene Sache durch dieses Erbrecht unberührt bleibt, so ist außerdem der Glaube, *rem ex hereditate esse*, notwendig, um dem wirklichen Erben die *bona fides* zuschreiben zu können.

L. 3, D. 41, 5. erwähnt keinen anderen Inhalt des guten Glaubens, sondern bestätigt den Satz, daß die *bona fides* den Glauben an das eigene Erbrecht vorstellt. *Rem aliquam ex hereditate esse, quae non sit,* bedeutet nicht nur, daß die Sache im allgemeinen *non hereditaria* ist, sondern daß sie **zur Erbschaft**, deren Erbe der Besitzer ist, nicht gehört. Der Besitzer glaubt nicht nur an die Zugehörigkeit der Sache zu **einer** Erbschaft, sondern an die Zugehörigkeit der Sache zu **der** ihm zugefallenen Erbschaft, deren Erbe er ist *(heres sim)*, zu der er berufen ist.

Das *„ex hereditate"* bedeutet eben die Erbschaft, deren Erbe er ist. In der L. 3, D. 41, 5 ist demnach der Besitzer in dem Sinne *bonae fidei possessor*, daß er ein Erbrecht an der in Besitz genommenen Sache zu haben glaubt. Nicht der Umstand ist

hervorgehoben, daß die Sache einem noch lebenden Eigentümer gehört (*„ex vivi bonis“*, L. 1, D. 41, 5) und der Besitzer dem Gestorbenen das Eigentumsrecht an derselben zuschrieb *(mortui rem fuisse existimaverit)*, sondern der Umstand, daß sie zu jener **Erbschaft** nicht gehört, zu **der** der Besitzer berechtigt ist: ein Beweis mehr, daß die L. 1 und 3 in keinem Widerspruch stehen, sondern einen verschiedenen Tatbestand und eine verschiedene Zeit des Institutes bekunden.

Gutgläubiger Besitzer, *pro herede possessor*, ist also derjenige, der eine Sache, an der ihm das Erbrecht zusteht, besitzt. Das Erbrecht ist nur beim Vorhandensein eines Erblassers möglich und bezieht sich nur auf eine Nachlaßmasse dieses Erblassers. *Pro herede possidet* demnach: 1. wer eine Sache **der Nachlaßmasse**, 2. an der (Nachlaßmasse) ihm **das Erbrecht** zusteht, besitzt.

a) So besitzt der wirkliche *heres* eine Sache der ihm zugefallenen Erbschaft. Hier ist sein möglicherweise irrtümlicher Glaube über sein eigenes Erbrecht irrelevant und wird mit Schweigen übergangen. (Gai IV., § 144.)

b) Fehlt dem Besitzer einer Sache der Nachlaßmasse das Erbrecht an dieser Nachlaßmasse, so ist er erst dann gutgläubig, wenn er dieses Erbrecht irrtümlich als bestehend annahm *(putat se heredem esse)*. (Gai IV., § 144; Ulpianus L. 11 pr., D. 5, 3.)

c) Steht dem Besitzer einer Sache das Erbrecht an einer Nachlaßmasse zu, gehört aber die von ihm besessene Sache nicht zu dieser Masse, so wird er erst dann gutgläubig, wenn er irrtümlich glaubte, eine zu der ihm zufallenden Nachlaßmasse gehörige Sache in Besitz genommen zu haben. (Der Fall der L. 3, D. 41, 5.)[1]

d) Steht dem Besitzer einer Sache kein Erbrecht zu und gehört die Sache zu keiner Erbschaft, so wird er erst dann gutgläubiger Besitzer, ein *pro herede*-Besitzer, wenn er irrtümlich sein Erbrecht an der Sache der vermeintlichen Nachlaßmasse annahm, eine zu der ihm vermeintlich zustehenden Nachlaßmasse gehörige Sache in Besitz genommen zu haben glaubte.

M. a. W. *pro herede possidet*:

---

[1]) David, S. 19, 20, 21.

1. der Erbe seine Erbschaftsache;

2. der vermeintliche Erbe eine fremde Erbschaftssache;

3. der Erbe eine vermeintliche Erbschaftssache;

4. der vermeintliche Erbe eine vermeintliche Erbschaftssache.[1])

An Stelle der Wirklichkeit tritt der Irrtum des Besitzers und umgekehrt, immer jedoch bildet den Inhalt des guten Glaubens das Erbrecht an der in Besitz genommenen Sache.

Im Gegensatz zum guten Glauben steht das Bewußtsein, daß jemand an der in Besitz genommenen Sache kein Erbrecht zusteht. Dies bedeuten die Ausdrücke *sciat alienam rem se possidere, sciens rem alienam lucrifacit,* was auch Ulpian in L. 11 pr., D. 5, 3 bestätigt *(qui scit se heredem non esse).*

Die *scientia* des fremden Erbrechtes umfaßt also auch die Kenntnis vom Mangel des eigenen Erbrechtes. Den Inhalt des Glaubens bildet nicht eine auf Seite der anderen Person liegende Tatsache, sondern das dem Besitzer zustehende Erbrecht. Die Kenntnis vom Mangel desselben, *scientia ad se non pertinere,* macht den Besitzer zum *pro possessore possessor.* Gaius führt noch an, daß derjenige *pro possessore possidet,* der *sine causa sciens ad se non pertinere possidet.*

Was bedeutet hier das *sine causa*[2])? Es ist nur eine Hervorhebung des Umstandes, daß dem Besitzer objektiv kein Erbrecht zusteht und daß er in Kenntnis von diesem objektiven Mangel die Sache erwarb. Dasselbe bedeutet L. 13 pr., D. 5, 3 *„nec ullam causam possessionis possit dicere“.*

Praedo in L. 11 § 1, D. 5, 3 ist derjenige, der wissend, daß ihm kein Recht zusteht, die Sache in Besitz nahm.

Die Worte: *Sine causa, nec ullam causam possessionis possit dicere,* deuten uns das vielbedeutende Wort *causa* an. Es handelt sich um die Feststellung dieses Begriffes in diesen zwei Fragmenten; Gai IV., § 144 und Ulpiani, L. 13 pr., D. 5, 3.

In der letzten Stelle wird von einer *causa possessionis,* von einer Grundlage, von einem Grunde des Besitzes gesprochen.

Als Grundlage einer Tatsache *(possessionis)* kann nur eine solche Tatsache dienen, die abgesondert, selbständig im Rechts-

---

[1]) Fitting, 52, S. 275 f., S. 280 Anm. 187. David, S. 20.

[2]) Klein, S. 374 f.

leben steht und für sich selbst fähig ist, für jemanden den Besitzerwerb zu begründen, das heißt jemanden zum Besitzerwerb zu berechtigen, ihm die rechtliche Befugnis zu eröffnen, eine Sache in Besitz zu nehmen. Wenn ein Besitz durch eine *causa* begründet wird, so muß nach Abzug der Tatsache des Besitzerwerbes der Rest die Fähigkeit, das Subjekt zum Besitzerwerbe zu berechtigen, bekunden.[1])

M. a. W. es muß eine selbständige Tatsache als *causa* und eine selbständige Tatsache des Besitzerwerbes unterschieden werden.

Die *causa* muß *in abstracto* jemanden zur Inbesitznahme berechtigen, worauf er *in concreto* von dieser Berechtigung Gebrauch macht und den Besitz der Sache erwirbt. Zuerst tritt die *causa*, dann die Tatsache des Besitzerwerbes ein.

Was bedeutet nun die *causa possessionis* (vgl. L. 9 § 5, L. 31 pr., D. 41, 1; L. 1 § 16, L. 3 § 4, L. 26, D. 41, 2; L. 44 § 2, D. 41, 3) für den Besitz *pro herede?*

---

[1]) Mayer, S. 2: „*Causa* ist der Grund, die Ursache; es wird eine Tatsache nach der Seite hin bezeichnet, daß sie das Existentwerden einer anderen bewirkt. (*iusta causa* = gerechter Grund).“ Vgl. S. 23. „Die *causa* also, welche bei einer Handlung fehlen kann, ist nicht der Beweggrund, sondern dessen objektiver Ausgangspunkt, die entsprechende äußerliche Tatsache.“ Vgl. S. 36 f., S. 65: „*iusta causa traditionis* ist diejenige von der Tradition selbst getrennte Tatsache, welche den Nachweis enthält, daß dieselbe ihren Zweck erreicht.“ Vgl. auch S. 73. Fitting, 52, S. 389: „Unter den *causae acquirendarum rerum* sind vielmehr im Sinne der römischen Juristen zu verstehen: die Rechtfertigungsgründe des Eigentumserwerbes.“ S. 394: „Erstlich, daß niemand von vornherein und schlechthin den Willen faßt, eine gewisse spezifisch juristische Wirkung zu erzeugen, als zum Beispiel Eigentum zu übertragen . . ., sondern jedermann tut dieses nur, weil er eine gewisse Wirkung wirtschaftlicher Art hervorbringen, weil er zum Beispiel schenken, verkaufen, zahlen . . . will.“ S. 395: „Dieser auf die Erzeugung einer gewissen wirtschaftlichen Wirkung gerichtete Wille ist also der Beweggrund, durch den die Beteiligten bestimmt werden, auch die Erzeugung einer, zur Herbeiführung des gewollten wirtschaftlichen Erfolges geeigneten, spezifisch juristischen Wirkung zu wollen und demgemäß zu handeln. Die römischen Juristen geben diesem inneren Verhältnisse der beiden Seiten eines Geschäftes einen sehr treffenden Ausdruck dadurch, daß sie die wirtschaftliche Seite des Geschäftes als die *causa*, das heißt die Grundlage und Ursache seiner spezifisch juristischen Wirkung oder aber auch desjenigen Aktes, der zu ihrer Herbeiführung erforderlich ist, bezeichnen.“ Vgl. S. 396 Anm. 197 f. Klein, S. 442. Pernice, S. 426: „*Causa possessionis* bedeutet hier wie sonst durchgängig den Rechtsgrund, das heißt den Erwerbsgrund des Besitzes.“

Wir nehmen hier zuerst den häufigsten Fall des Besitzes *pro herede,* den des wirklichen Erben.

Titius ist gestorben. Die Nachlaßmasse, die Erbschaft nach ihm, bildet das Grundstück, *fundus Cornelianus.* Er hat den Sempronius zum Erben im *testamentum* eingesetzt. Sempronius nimmt die Sache in Besitz mit dem Willen Erbe zu werden, er wird dadurch Erbe, sein Besitz ist sofort gutgläubig, *bonae fidei possessio pro herede.* Wo liegt die *causa possessionis?*

Daß die Nachlaßmasse des Titius das Grundstück bildet, bedeutet zugleich, daß dieses Grundstück Eigentum des Titius bis zum Momente seines Todes war. Also der Eigentümer einer Sache ist gestorben und hat eine andere Person zum Erben im *testamentum* eingesetzt. Der eingesetzte Erbe nimmt dieses Eigentum des Erblassers mit dem Willen, dadurch Erbe zu werden, in Besitz. Der Besitzerwerb des Sempronius gründet sich auf das *testamentum.* Das *testamentum* des Titius ist die Äußerung seines letzten Willens, die Form, in der dieser Wille des Erblassers in der Außenwelt erscheint.

Die eigentliche Grundlage des Besitzerwerbes seitens des Sempronius ist eben dieser Wille des Titius; da jedoch das Rechtsleben nur den nach außen erklärten Willen der handelnden Person berücksichtigen kann, so ist es eine sehr natürliche Folge, daß man die Äußerung des Willens regelmäßig als mit dem Willen identisch betrachtet. Das *testamentum* als Erscheinung des erblasserischen Willens ist die Grundlage des Besitzerwerbes des Sempronius. (Vgl. L. 30, D. 29, 4.) Jedoch das *testamentum* des Titius ist nur dann in Bezug auf die von Sempronius in Besitz genommene Sache wirksam, wenn Titius Eigentümer der Sache war.[1])

Es werden also zwei objektive Bedingungen: 1. das Eigentumsrecht des Titius an dem Grundstücke; 2. das *testamentum* des Titius zu Gunsten des Sempronius, erfordert, um von einer *causa possessionis* für den Besitz des Grundstücks seitens des Sempronius reden zu können.

---

[1]) Fitting, 52, S. 273: „Es muß also nicht allein wirklich ein Erbfall vorliegen, sondern die Sache muß auch selber zu der Erbschaft gehören.“ Mayer, S. 191: „Was dazu gehört, damit jemand vermöge einer Erbschaft der Eigentümer einer bestimmten Sache werde: 1. daß der Erblasser Eigentum gehabt habe; 2. daß der Erwerber Erbe desselben sei.“ Klein, S. 363

Bei der gesetzlichen Erbfolge ist das Gesetz, bei der *bonorum possessio* die *datio bonorum possessionis* seitens des Praetors an Stelle des *testamentum* zu denken.[1])

Es erscheint zwar überflüssig, das Eigentumsrecht des Erblassers (Auctors) hervorzuheben und von dem Dasein dieses Eigentumsrechtes die *causa* abhängig zu machen, es wird sich jedoch später zeigen, daß diese Ausscheidung sehr wichtig für die Entwicklung des *causa-* und des *bona fides*-Begriffes in der Ersitzungslehre war. Aber auch hier ist diese Unterscheidung wichtig, um die anderen Fälle des Besitzes *pro herede* erklären zu können.

Wenn Sempronius nicht objektiv berufen ist, sondern bloß *putat se heredem esse*, so ist es selbstverständlich, daß er *sine causa* den Besitz des Grundstückes erworben hat.

Wenn jedoch Titius den Sempronius zum Erben eingesetzt, aber in den *tabulis testamenti* (Gai II., § 104) das Grundstück, an dem ihm kein Eigentumsrecht zustand, angeführt hat, so ist es fraglich, ob das *testamentum* für den Besitzerwerb an diesem Grundstück seitens des Sempronius eine *causa* bilden kann. Auf Grund des Bisherigen müssen wir dies entschieden verneinen.

Obwohl wirklich Sempronius von Titius zum Erben eingesetzt und der Wille des Titius, Sempronius solle nach ihm das Grundstück als sein Nachfolger in Besitz nehmen, vollkommen rechtsgültig geäußert wurde, so kann doch die Tatsache der Errichtung des *testamentum* nicht ausreichen, um von einer *causa possessionis* an dieser Sache reden zu können, da das *testamentum* nur in Bezug auf die dem Tetastor gehörigen Sachen wirksam war.

Der gute Glaube muß den Mangel des Eigentumsrechtes des Titius ersetzen (*„si heres sim et putem rem aliquam ex hereditate esse quae non sit“).*[2])

Der letzte Fall des Besitzes *pro herede*, der des vermeintlichen Erben an einer vermeintlichen Erbschaftssache braucht nicht erst erörtert zu werden, um annehmen zu können, daß der Besitzer *sine causa* besitzt.

---

[1]) Scheurl, I., S. 96 (der Wille des *populus*), S. 98 (der Wille der *lex publica)*.

[2]) Mayer, S. 194.

Die *causa possessionis pro herede* ist demnach nur dann vorhanden, wenn der Eigentümer eine Sache infolge Ablebens hinterließ und der Besitzerwerber dieser Sache entweder testamentarisch oder gesetzlich oder vom Praetor als Erbe des Eigentümers berufen ist. Unter diesen Bedingungen wird der Besitzerwerber durch den Willen, Erbe zu werden, sofort Erbe und dadurch Eigentümer der Sache und braucht keine Ersitzung noch dazu.

Fehlt das Erbrecht seitens des Besitzerwerbers oder das Eigentumsrecht seitens des Erblassers, so ist keine *causa possessionis* vorhanden. Wir sind hiemit zu einem merkwürdigen Resultate gekommen.

Die Ersitzung ist nur dann möglich, wenn die *causa possessionis* fehlt, dort aber, wo die *causa possessionis* vorhanden ist, erfolgt sofort der Erwerb des Rechtes, wodurch die Ersitzung ausgeschlossen wird.[1])

Von einem Titel in dem Sinne, wie er gewöhnlich bei der Ersitzung als notwendig erfordert wird, ist keine Spur. Die Ersitzung stützt sich auf keine *causa possessionis*, sondern nur auf die *bonae fidei possessio*.

Zum Ausdruck der *bonae fidei possessio* dient der Titel *pro herede*. Er bezeichnet auch den Besitz desjenigen, der keine Ersitzung braucht, sondern sofort das Recht erwirbt. Wir sehen, daß der Titel in dieser *species usucapionis* und *possessionis*, unabhängig von der *causa*, dem Besitze und der Ersitzung erteilt wird.

Gaius erschien es ausreichend zu sagen, daß derjenige *pro herede* besitzt, der *heres est*, er brauchte dazu die *causa possessionis* nicht zu erwähnen. Julian ist vorsichtiger, er führt die *causa possessionis* an, um deutlich hervorzuheben, daß der Besitz vom Besitzer (Käufer) *pro herede* fortgesetzt wird, da er *a domino heres institutus fuerit vel bonorum eius possessionis acceperit*. Wir finden in diesem Satze Julians beide

---

[1]) Schirmer, S. 68: „. . . daß es bei der *usucapio pro herede* keinen Putativtitel gibt." Fitting, 52, S. 262. Bernhöft, Tit., S. 30, Bt., S. 40. Klein, S. 365 Anm. 12. Pernice, S. 430: „. . . daß auch die *pro herede usucapio* ihr (der älteren Zeit) als eine Ersitzung auf Grund einer *justa causa* erschien, wird sich schwer leugnen lassen." Vgl. Anm. 2.

Elemente der *causa possessionis pro herede* vor. Dort, wo an Stelle der Wirklichkeit der Glaube tritt, hat Gaius nur *„putat se heredem esse“* gebraucht. Julian ist wiederum vorsichtiger, er sagt: *„si iustam causam habuerit existimandi se heredem vel bonorum possessorum domino extitisse“*, also für sich eine *causa possessionis* zu haben glaubte. *Sine causa* des Gaius ist demnach identisch mit *nec ullam causam possessionis possit dicere* bei Ulpian, das heißt, daß der Besitzer der Sache vom Eigentümer der Sache zum Erben nicht eingesetzt wurde. Der gute Glaube von Gaius wird von Julian als Glaube an die Existenz der *causa possessionis* aufgefaßt.

Der Glaube an das eigene Erbrecht an der in Besitz genommenen Sache ist identisch mit dem Glauben, vom Eigentümer der Sache zur Erbschaft berufen zu sein.

Über das *„si iustam causam habuerit existimandi“* Julians sprechen wir weiter unten; hier ist der Umstand hervorzuheben, daß Gaius keine Rechtfertigung des guten Glaubens beim Besitzer anführt.

Nachdem wir fast alle Fragmente, die mit dem Besitze und der Ersitzung *pro herede* in Verbindung stehen, erklärt haben, läßt sich das Bisherige für die klassische Zeit zusammenfassen.[1])

[1]) Thibaut, S. 95: „Dieser Titel existiert wirklich . . . . wird eine Sache alsdann unter diesem Titel verjährt, wenn ein wirklicher oder vermeintlicher Erbe eine vom Erblasser nicht *in mala fide* besessene, mit keinem Fehler behaftete Sache in dem guten Glauben, daß sie dem Erblasser gehört habe, besitzt.“ Dabelow, 1., S. 344: *„Pro herede vel possessore* kann man daher nur insofern durch Verjährung erwerben, als man in der Meinung eines zivil- oder praetorischen Erben *bona fide* die Erbschaft in Besitz nimmt, vorausgesetzt, daß man überall fähig war, Erbschaften zu erwerben.“ Kori, S. 234 f. Roßhirt, S. 14, § 4, S. 21—23: Über drei Fälle der *usucapio pro herede*. Huschke, S. 145 f. Stintzing, § 7, S. 24—33, S. 93, Anm. 85. Schirmer, S. 54—96. Böcking, § 146, § t, u, f., S. 97—101. Unterholzner-Schirmer, § 106, 107, S. 357 f., Anm. 366 über die Litt. Fitting, 52, S. 239—282, S. 262: „Die eigentliche *pro herede usucapio* . . . ist die Usukapion von Erbschaftssachen durch einen anderen als den *heres* zum Nachteil des letzteren. Erfordernisse: 1. eine wirkliche Erbschaftssache, 2. Besitzlosigkeit der Sache, 3. *testamenti factio*.“ S. 281: „Dieses Institut werden wir aber bestimmen können als die Usukapion desjenigen, welcher sich irrtümlich das Eigentum einer gewissen Sache kraft Erbrechtes *(titulo hereditario)* zuschreibt und sie zufolgedessen in Besitz nimmt. Entweder der Besitzer hält sich fälschlich für den Erben, während die Sache selbst eine

Pro herede besitzt derjenige, der lukrativ, *improbe* eine Sache mit dem Willen Erbe zu werden in Besitz nahm. Er kann das Eigentumsrecht der Sache, wenn sie *hereditaria* ist, zwar ersitzen, aber diese Ersitzung *pro herede* kann vom wahren Erben unwirksam gemacht werden.

Pro herede besitzt weiter derjenige, der eine Sache mit dem Willen Erbe zu werden in Besitz nahm und entweder Erbe ist oder zur Erbschaft berufen zu sein glaubt, gutgläubig ist.

Der gute Glaube ist die Meinung, daß uns an der in Besitz genommenen Sache das Erbrecht zusteht, was mit dem Glauben, daß uns nach dem Eigentümer der Sache das Gesetz, der letzte Wille oder der Praetor beruft, identisch ist.

Die Tatsache, daß uns nach dem Eigentümer der Sache das Gesetz, die letztwillige Anordnung, der Praetor zur Inbesitznahme berechtigt, ist *causa possessionis.*

Bona fides ist demnach der Glaube an die Existenz der *causa possessionis.*

Pro possessore besitzt derjenige, der keine *causa possessionis* hat, davon wußte und an die Existenz derselben nicht glaubte.

Die *pro herede*-Ersitzung ist nur an einer Erbschaftssache möglich. Die Ersitzung ohne Titel ist auch an einer *res non hereditaria* möglich.

Der Besitztitel *pro herede* dient zum Ausdrucke der wichtigsten Erfordernisse der Ersitzung, des Willens Erbe zu werden und des guten Glaubens.[1])

Die *possessio pro herede* ist die Grundlage der Ersitzung, da in der *possessio pro herede* die Erfordernisse der Ersitzung,

---

wirklich zu der ihm vermeintlich deferierten Erbschaft gehörige ist, oder er hält fälschlich die Sache für eine zu dieser Erbschaft gehörige, während er selbst wirklicher Erbe ist, oder endlich beiderlei Irrtum trifft zusammen. Es wird . . . . nicht ungerechtfertigt erscheinen können, in sämtlichen Fällen, in denen aus der genannten Rücksicht eine Usukapion statthaft ist, von einer Ersitzung aus bloß putativem *titulus pro herede* zu sprechen." Źródłowski, S. 37. Vangerow, § 320. Abraham, S. 5, 19 f. Klein, S. 357—389.

[1]) Mayer, S. 224: „Der Besitzer tritt durch die Erlangung des Besitzes in gewisse Beziehungen zur Außenwelt, insbesondere zu anderen Personen und die Art dieser Beziehungen gibt dem Besitz eine besondere Charakterisierung, er benennt sich danach mit dem Ausdruck *possidetur pro* —; entscheidend für den Charakter dieses Verhältnisses nach außen ist der Moment der Entstehung des Besitzes."

1. *possessio*, 2. der Wille, Erbe durch Inbesitznahme zu werden, und 3. der gute Glaube, enthalten sind.

Die Ersitzung *pro herede* gründet sich auf einen Titel, aber auf keine *causa possessionis*.

Die Ersitzungsbefugnis steht dem Besitzer zu, weil er Erbe werden wollte und Erbe zu sein glaubte, also auf Grund des Willens und Glaubens des Besitzers allein.

Wir gehen zum zweitältesten Titel über.

§ 2.

Pro suo.

Zuerst der Besitz *pro suo*.

„*Pro suo*" ist der Titel des Besitzes, er bezeichnet eine *species possessionis;* dadurch wird ein Besitzfall vor anderen ausgezeichnet. L. 2, D. 41, 10. Paulus: *Est species possessionis, quae vocatur pro suo;* eine Wiederholung des II., § 52 Gai über den Besitz *pro herede*.

Welchen Umstand bringt dieser Titel zum Ausdruck?

Den Stoff des Besitztitels *pro herede* bildete der Wille, durch Inbesitznahme der Sache Erbe zu werden. Die von einem solchen Willen begleitete Inbesitznahme hieß *pro herede gestio*, der Erwerber handelte *tamquam heres*. Dasselbe kann auch von dem Besitztitel *pro suo* angenommen werden. L. 2, C. 7, 32: „*omnia que ut dominus gerere*" gleicht dem *tamquam dominus gerere*, analog dem *tamquam heres gerere*. Derjenige besitzt *pro suo*, der den Willen hat, durch Inbesitznahme der Sache *dominus* derselben zu werden, der den *animus domini* gefaßt hat.[1])

[1]) Voigt, § 35. Fitting, 51, S. 7: „*pro suo possessio* . . . . der redliche Eigentumsbesitz, das ist mit *animus domini*." Vgl. 52, S. 415. Mayer, S. 132: „So gehört zur Entstehung des Eigentums, mithin zum Eigentumserwerbsakt, notwendig die Entstehung des Herrscherwillens bei derjenigen Person, welche Eigentümer werden soll." S. 140: „. . . daraus, daß nur die Entstehung des Eigentumswillens zum Titel gehört . . ." Vgl. S. 249. Pernice, S. 391, III., bis 405, S. 392: „. . . *pro suo* besitzt sowohl der Eigentümer selbst, als wer sich für den Eigentümer hält." S. 397: „Daß die Kompilatoren erst einen eigenen Titel *pro suo* in den Digesten zusammengestellt haben, liegt auf der Hand." Windscheid-Kipp, S. 819 Anm. 6:

Der Wille, durch Inbesitznahme Eigentümer der Sache zu werden, ist vernünftig genommen nur dann möglich, wenn die Verhältnisse, unter denen der Besitzerwerb geschieht, die Möglichkeit der Realisierung dieses Willens zulassen. Umgekehrt, wenn die Verhältnisse, unter denen dieser Wille realisiert werden soll, sofort die Unmöglichkeit der Herbeiführung des gewünschten Erfolges erkennen lassen, ist die Entstehung dieses Willens logisch ausgeschlossen.

Beim Besitztitel *pro herede* haben wir auch als Bedingung des Willens Erbe zu werden die Kenntnis oder den Glauben des Besitzers, daß jemand starb und eine Erbschaftssache hinterließ, aufgestellt. Dasselbe trifft auch hier zu; der Wille, Eigentümer der Sache zu werden, ist nur dann wirksam, wenn entweder die äußeren Verhältnisse, unter denen die Inbesitznahme mit dem obigen Willen geschieht, für sich allein den gewünschten Erfolg herbeizuführen fähig sind oder der Erwerber zum mindesten daran glaubt.

Er muß entweder genau wissen *(scire)* oder zum mindesten glauben *(putare, existimare)*, daß durch die Inbesitznahme ihm das Eigentumsrecht **sofort** zufällt. Erst in dieser Erkenntnis oder diesem Glauben kann der Wille, Eigentümer zu werden, logisch und vernünftig gefaßt werden. Umgekehrt erscheint dieser Wille unmöglich, wenn der Besitzerwerber wußte, daß er auf Grund dieser Inbesitznahme Eigentümer der Sache nicht werden kann.[1])

Was geschieht in dem Falle, wenn der Erwerber wirklich durch Inbesitznahme das Eigentum an der Sache erwirbt, aber doch irrtümlich glaubt, dasselbe dadurch nicht erwerben zu können?

Beim Erwerb des Erbrechtes war der Erbe als Besitzer der Sache in Unkenntnis des Erbschaftsanfalles, im irrtümlichen Glauben, daß er durch Inbesitznahme der Sache nicht Erbe

---

„*(Pro suo.)* Dieser Ausdruck geht nicht auf einen speziellen Titel, sondern will nur sagen, daß der Besitzer sich aus irgend einem Grunde für den Eigentümer halte."

[1]) Scheurl, I., S. 219: „. . . muß der *animus domini*, welchen der Usukapionsbesitz erfordert, von der Überzeugung wirklicher Berechtigung zu diesem Willen getragen sein; diese Überzeugung würde aber natürlich von dem Bewußtsein, daß die Sache dem wirksamen Eigentumsrechte eines andern unterworfen sei, notwendig ausgeschlossen werden."

werden könne, daß keine Erbschaftssache von ihm in Besitz genommen werde; es war eine ausdrückliche Kenntnis von dem Erbschaftsanfalle, von der Möglichkeit des Erbrechtserwerbes notwendig. Der Erwerb des Eigentumsrechtes ist nicht an eine solche Bedingung geknüpft; wir wissen, daß man auch unwissentlich das Eigentum an einer Sache erwerben kann.

Die bloße Inbesitznahme der Sache macht den Erwerber sofort zum Eigentümer, wenn die bezüglichen Bedingungen eines solchen Erfolges da sind, es wird keine besondere *pro domino gestio,* kein Gebrauch *tamquam dominus* verlangt, da bei keinem Gebrauch der Sache äußerlich erkannt werden kann, ob er *„tam quam a domino"* oder *„tamquam a non domino"* ausgeübt wird. Angesichts des Erfolges wird hier der diesem Erfolge entsprechende Wille des Besitzerwerbers sofort als bestehend angenommen und dadurch der Besitztitel sofort erteilt. *Plus est in re, quam in existimatione mentis.*

Wenn der Besitzerwerb den Erwerber sofort zum Eigentümer der Sache macht, so wird sein Wille, Eigentümer der Sache zu werden, im Momente der Inbesitznahme sofort — ohne Rücksicht darauf, daß der Erwerber diesen Willen nicht fassen konnte, da er irrtümlich an die Unmöglichkeit der Realisierung desselben glaubte — angenommen. M. a. W. der Besitz des Eigentümers ist immer *pro suo possessio.*[1])

L. 2, D. 41, 10. Paulus: . . . *hoc enim modo* (als Gegensatz zur *alienatio* L. un., § 2, C. 7, 31: . . . *quae fuerunt alienatae vel quocumque modo, . . . detentae. . . .* Vgl. L. 1, C. 7, 37.) *possidemus omnia, quae mari terra caelo capimus aut quae aluvione fluminum nostra fiunt. item quae ex rebus alieno nomine possessis nata possidemus, veluti partum hereditariae aut emptae ancillae, pro nostro possidemus: similiter fructus rei emptae aut donatae aut quae in hereditate inventa est.*[2])

Wir fassen das Wort *alieno* im Sinne des *alio* auf.[3])

---

[1]) Unterholzner-Schirmer, § 101, S. 343, 345 Anm. 357. Fitting, 51, S. 8. Mayer, S. 219, 235. Pernice, S. 394.

[2]) Böcking, § 146, § o, Anm. 42, 43. Unterholzner-Schirmer, § 101, S. 342 Anm. 353. Fitting, 52, S. 279 Anm. 186, S. 383 Anm. 192. Mayer, S. 227.

[3]) Unterholzner-Schirmer, § 101, S. 343, Anm. 354. Mayer, S. 220. Klein, S. 307 Anm. 65. Pernice, S. 394 Anm. 3 in f.

Derjenige, der im Momente der Inbesitznahme der Sache das Eigentum an derselben erwarb, *possidet pro suo (pro nostro)*. In dieser *lex* sind nur originäre Eigentumserwerbsfälle angeführt. Warum Paulus den Besitztitel *pro suo* nur auf die originäre Eigentumserwerbsart beschränkte, darüber weiter unten.

Pomponius, L. 32 pr., D. 41, 3: *Si fur rem furtivam a domino emerit et pro tradita habuerit, desinet eam pro furtiva possidere et incipiet pro suo possidere.*[1] (Vgl. L. 18 pr., L. 19 § 1, D. 41, 2; L. 2 § 21, L. 6 pr., D. 41, 4.)

Der Dieb kauft nachher die Sache vom Eigentümer und erachtet dieselbe als eine vom Eigentümer tradierte. Der Besitz infolge des *furtum* muß als vom Eigentümer der Sache tradiert angesehen werden, um das *furtum* als gänzlich getilgt betrachten zu können. Der Kauf vom Eigentümer und die *traditio*, als auf Grund dieses Kaufes vom Eigentümer-Verkäufer ausgeführt, machen den Besitzer vom Momente des *emerit et habuerit* an zum *pro suo possessor*. Der ehemalige Dieb ist jetzt Eigentümer der Sache, *pro suo possessor*.

Der Wille, Eigentümer der Sache zu werden, ist auch dann möglich, wenn die tatsächlichen Verhältnisse des Besitzerwerbes den gewünschten Erfolg nicht bringen können, der Besitzer aber an diese Möglichkeit, nämlich im Momente der Inbesitznahme, die seinen Willen realisieren soll, Eigentum an der Sache zu erwerben, glaubt. Diesen Fall des Besitzes *pro suo* bestätigt ausdrücklich Ulpianus L. 1, D. 41, 10:

Pro suo possessio talis est. cum dominium nobis adquiri putamus, et ex ea causa possidemus, ex qua adquiritur, et praeterea pro suo: ut puta ex causa emptionis et pro emptore et pro suo possideo, item donata vel legata vel pro donato vel pro legato etiam pro suo possideo.

§ 1. *Sed si res mihi ex causa iusta puta emptionis tradita sit et usucapiam, incipio quidem et ante usucapionem pro meo possidere, sed an desinam ex causa emptionis post usucapionem, dubitatur:*

---

[1]) Thibaut, S. 87. Dabelow, S. 321. Kori, S. 113 Anm. 290. Fitting, 51, S. 8 Anm. 9. David, S. 11. Mayer, S. 230. Klein, S. 289, 306 Anm. 64. Pernice, S. 429: „... (die Juristen) fassen die Zustimmung des Befugten als Begründung eines neuen Besitzes, also als eine Art abgekürzter Tradition auf."

et Mauricianus dicitur existimasse non desinere.[1]) (Vgl. L. 3 § 4, 21, D. 41, 2; L. 47 § 6, D. 15, 1.)

Wenn wir im Momente der Inbesitznahme glauben, daß hiedurch das Eigentum erworben **wird** (der Eigentumserwerb sich vollzieht), so besitzen wir schon in diesem Momente die Sache *„pro suo“ (incipio ..... pro meo possidere).* Dieser Besitztitel hat mit den anderen hier zitierten nichts gemeinsam, er wird *praeterea, etiam* erteilt.

Wenn der Besitzerwerber der Wahrheit entsprechend wußte, daß er durch Inbesitznahme der Sache nicht Eigentümer werden kann, so ist bei ihm die Annahme des Willens, Eigentümer zu werden, logisch ausgeschlossen. Sein Besitz verdient, da er im Mangel dieses Willens erworben wurde, nicht den Titel *pro suo.*

Wir wissen aus dem früheren, daß in der klassischen Zeit der Besitztitel *pro herede* als Ausdruck des guten Glaubens diente. Zu diesem Gebrauche zeigt sich auch dieser Titel ausgezeichnet geeignet, wenn wir nur der obigen Auffassung des Besitztitels *pro herede* treu bleiben.

Es wurde nachgewiesen, daß Gaius eine *inproba, lucrativa possessio pro herede* anerkannte. Eine *inproba, lucrativa, possessio pro suo* ist aber undenkbar. Derjenige, der *scit alienam rem se possidere*, kann außerdem auch den Willen fassen *heres esse.* Die *scientia* schließt diesen Willen nicht aus. Anders steht die Sache mit dem Willen, Eigentümer der Sache zu werden. In der *scientia,* daß die Sache im Momente des Besitzerwerbes fremdes Eigentum bildet, ist dieser Wille unmöglich, ausgeschlossen. Möglich ist nur der Wille, von der fremden Sache einen Gebrauch zu machen, Nutzen zu ziehen, aber nicht der Wille, Eigentum zu erwerben. Dasselbe trifft zu, was die *lucrativa possessio pro herede* anbelangt. *Pro suo* besitzen kann niemand, der in dem Momente, in dem er die Sache gebraucht und von derselben Nutzen zieht, weiß, daß er ein fremdes Eigentum in Händen hat.

---

[1]) Dabelow, S. 349. Unterholzner-Schirmer, § 101, S. 345 Anm. 358. Fitting, 52, S. 383 Anm. 192. David, S. 26 Anm. 15. Mayer, S. 235, 248. Bernhöft, Bt., S. 2, 9, 17. Klein, S. 44, 45 Anm. 109, S. 487. Pernice, S. 393 Anm. 1.

Wenn wir weiter den Besitztitel *pro herede*, als Ausdruck des Willens Erbe zu werden und außerdem des guten Glaubens, mit dem *pro suo* vergleichen, so können wir nach Gaius IV., § 144 sagen: *„pro suo autem possidere videtur tam is qui dominus est, quam is qui putat se dominum esse“*, was das Paulinische *„quae nostra fiunt“* und Ulpianische *„cum dominium nobis adquiri putamus“* wiederholt.

Die Bestandteile des Titels *pro suo*, der Wille, Eigentümer zu werden, und der gute Glaube, der durch diesen Besitztitel ausgedrückt werden soll, stehen in so enger wechselseitiger Beziehung, daß der Mangel des einen den anderen sofort ausschließt. Der Besitz *pro suo* bedeutet demnach immer nur einen gutgläubigen Besitzer.[1]) Wenn man ihm den Besitztitel *pro possessore* gegenüberstellt, so sieht man am besten die Unmöglichkeit einer *non bonae fidei possessio pro suo*. Der Besitzer, der *scit rem ad se non pertinere, sine causa se possidere*, kann nicht den Willen, der dem Titel *pro suo* entspricht, fassen. Dadurch erklärt sich der Umstand, warum Ulpianus die wichtigere Seite des Besitztitels *pro suo*, den Glauben an den Vollzug des Eigentumsrechtes in L. 1 pr., D. 41, 10 anführt. Die Anmerkung des zweiten Momentes des Besitztitels *pro suo* war selbstverständlich überflüssig.

Auf Grund des Obigen erklärt sich die L. 5 in f. D. 41, 3 von Gaius.[2])

Der Besitz wird unterbrochen *„nec eo casu quicquam interest, is qui usurpaverit* d o m i n u s *sit* n e c n e: *ac ne illud quidem interest, pro suo quisque possideat an ex lucrativa causa.“*

Dem *„dominus“ usurpator* des vorigen Satzes wird im letzten der *„pro suo“*-Besitzer, dem *„non dominus“ (nec ne)* der *„ex lucrativa causa“* entgegengesetzt. Ist das nicht der beste Grund zur Annahme, daß hier mit dem *„pro suo“* und *„ex lucrativa causa“* nur der Besitz des Eigentümers und Nichteigentümers

---

[1]) Möllenthiel, S. 17 f. Roßhirt, S. 6; 8. Stintzing, S. 117. Bruns, S. 286. Unterholzner-Schirmer, § 101, S. 345. Fitting, 51, S. 1, 119. Mayer, S. 222, 229, 238. Vangerow, § 321 Anm. 1. 1, 2. Arndts, § 160.

[2]) Fitting, 51, S. 8 Anm. 9. Pernice, S. 394 Anm. 2. Windscheid-Kipp, § 180, S. 821 Anm. 6. Dernburg, S. 517 Anm. 16.

gemeint wurde, um ihn dadurch der *usurpatio* des Eigentümers und Nichteigentümers entgegenzustellen?

Aber auch in dem Sinne genommen, daß Gaius hier nicht den Besitz des Eigentümers oder Nichteigentümers, sondern den gutgläubigen oder nicht gutgläubigen Besitz eines wirklichen Nichteigentümers vor Augen hatte, ist der Gebrauch der Worte „*pro suo*" und „*ex lucrativa causa*" gerechtfertigt. *Pro suo*, gutgläubiger Besitzer, weil er im Momente des Besitzerwerbes Eigentum an der Sache zu haben glaubte; der lukrativ Besitzende, weil er wissentlich eine fremde Sache, fremdes Eigentum *lucrifacit* (II., § 56), unter solchen Umständen, auf einer solchen Grundlage den Besitz erwarb, daß er dabei *alienam rem se possidere* wußte. Durch diesen Satz der L. 5 *in f.* von Gaius ist die obige Bedeutung des Titels *pro suo* außer Zweifel gestellt. Gaius hat eben durch den Gebrauch des Wortes *lucrativa,* wie er den Begriff desselben im II., § 56 festgestellt hatte, die Bestimmung des Titels *pro suo* noch deutlicher gekennzeichnet.

L. 4 pr., D. 41, 10 Pomponius:

Im ersten Satze ist ein Fall besprochen, wo jemand eine gestohlene Sklavin *bona fide* kaufte und das Kind der Sklavin zu ersitzen anfing, jedoch vor Ablauf der Ersitzungszeit erfuhr, daß die Mutter *furtiva* sei. Trebatius (nach Cuiatius: Neratius) läßt ungeachtet dieser *scientia* die Ersitzung zu. Pomponius sagt:

[ego sic puto distinguendum, ut, si nescieris (der Käufer) *intra statutum tempus, cuius id mancipium esset, aut si scieris neque potueris certiorem dominum facere, aut si potueris quoque et feceris certiorem, usucaperes: sin vero, cum scires et posses, non feceris certiorem, contra esse: tum enim clam possedisse videberis, neque idem et pro suo et clam possidere potest.]*[1]) (Vgl. L. 11 § 3, D. 6, 2).

Für uns ist der letzte Satz von Bedeutung. Derjenige, der für einen *clam possessor* angesehen werden muß, kann nicht *pro suo* besitzen. Was bedeutet hier dieses *clam possidere?* Zur Erklärung dient L. 40 § 2, D. 41, 2 Africanus:

---

[1]) Thibaut, S. 88. Dabelow, S. 322. Kori, S. 68. Möllenthiel, S. 62. Stintzing, S. 37, 105. Unterholzner-Schirmer, § 94, S. 317. Fitting, 51, S. 8 Anm. 9. Mayer, S. 229. Klein, S. 309, 310 Anm. 69. Pernice, S. 403 Anm. 1: hält die eingeklammerten Worte für interpoliert. Vgl. S. 453 f.

Servum tuum a Titio bona fide emi et traditum possedi, deinde cum comperissem tuum esse, ne eum peteres, celare coepi. non ideo magis hoc tempore clam possidere videri me ait: nam retro quoque, si sciens tuum servum non a domino emerim et, cum clam eum possidere coepissem, postea certiorem te fecerim, non ideo desinere me clam possidere. (Vgl. Ulpiani L. 6 pr., D. 41, 2.) Nach Pomponius, Afrikan, Ulpian ist die *clam possessio* erst dann möglich, wenn der Besitzer Kenntnis vom fremden Eigentumsrechte erhielt, weil erst von diesem Momente an man „*celare, ne res peteretur*“ anfangen kann. Die Kenntnis vom fremden Rechte ist die erste Bedingung für das „*clam possidere*“.

African und Ulpian betrachteten nur den Anfang des Besitzes[1]) (vgl. L. 4 § 18, D. 41, 3 von Paulus); wenn der Besitzer wissentlich fremdes Eigentum in Besitz nahm und *celare coepit*, so wird sein Besitz *clam possessio* heißen, mag auch der Besitzer den Eigentümer davon später verständigt haben. Umgekehrt, wenn er einmal gutgläubig die Sache erwarb, so wird sich sein Besitz nicht in eine *clam possessio* umwandeln, mag auch der Besitzer später in Kenntnis des fremden Eigentumsrechtes *celare* angefangen haben. (Vgl. L. un. § 3, C. 7, 31.)

Pomponius war anderer Ansicht, er ließ die Umwandlung der *possessio* in der Fortsetzung derselben zu.[2]) (Vgl. L. 48 § 1, D. 41, 1). Hat der Besitzer entweder nicht gewußt, wessen Eigentum die gestohlene Sklavin bildet, oder davon später Kenntnis erhalten, aber den Eigentümer nicht verständigen können oder wirklich verständigt, so kann er ersitzen. Hat er jedoch, obwohl es möglich war, den Eigentümer nicht davon verständigt, so kann er das Kind nicht ersitzen, weil er von diesem Momente an die Sache *celare coepit* und *pro suo*, gutgläubig zu besitzen aufhörte.

Diese besondere Ansicht des Pomponius über die Berücksichtigung der Kenntnis des Besitzers auch im späteren Momente als der Moment des Erwerbes ist für die Bedeutung des Titels *pro suo*, daß er nur einen gutgläubigen Besitz vorstellt, irre-

---

[1]) Pernice, S. 433 Anm. 1.

[2]) Cujacius, tract. ad Afric., VII, ad. l. 40 § 2, D. 41, 2. Möllenthiel, S. 62 Anm. 175. Stintzing, S. 36. 85, 86.

levant. Derjenige, der *scit se alienam rem possidere* oder *scit* und absichtlich versäumt, den Eigentümer davon zu verständigen, kann nicht für den Besitzer *pro suo,* für denjenigen, der *putat se dominum esse,* gehalten werden.

Worauf bezieht sich der gute Glaube des Besitzers *pro suo?*

Nach Ulpian auf den Erwerb des Eigentumsrechtes seitens des Besitzers, also auf einen Umstand, der auf Seite des Erwerbers liegt. Wiederum dasselbe, was wir beim Titel *pro herede* kennen gelernt haben.[1])

Der Besitz *pro suo* ist immer *bonae fidei possessio,* weil entweder der Besitzer wirklich Eigentümer der Sache ist oder im Momente der Inbesitznahme Eigentum erworben zu haben glaubt.

Was kann als *causa possessionis pro suo* dienen?

Pro suo possidere heißt mit dem Willen, Eigentümer zu werden, die Sache in Besitz nehmen. Die Grundlage eines solchen Besitzerwerbes kann nur diejenige Tatsache bilden, die für sich selbst, *in concreto* genommen, fähig ist, diesen Willen zu realisieren, jemandem das Eigentum an der Sache im Momente des Besitzerwerbes zu verschaffen, den Besitzerwerber dazu zu berechtigen. Als *causae possessionis pro suo*[2]) müssen alle Tatsachen angeführt werden, welche geeignet sind, der Person des Besitzers sofort das Eigentum zu übertragen, m. a. W. alle vollkommen wirksamen *causae acquirendi dominii eius quod nostrum non est.* (Vgl. L. 3 § 21, D. 41, 2.) Wir sagen: vollkommen wirksame, das heißt nicht solche Tatsachen, die *in abstracto* zur Übertragung des Eigentumsrechtes geeignet, dazu vom Rechte bestimmt sind, sondern solche, die *in concreto* dem Besitzerwerber, der bestimmten Person das Eigentum zu übertragen fähig sind und ihm wirklich im Momente der Inbesitznahme dieses Recht verschaffen. Dadurch wird erklärlich, warum unter dem Besitztitel *pro suo* ein alle anderen Besitztitel umfassender Begriff ver-

[1]) Kori, S. 84: „Bei der erwerbenden Verjährung hat man sie (Erfordernisse) fast sämtlich in der Person des Verjährenden, in dessen Besitzstande und Erwerbstitel aufzusuchen."

[2]) Klein, S. 45 Anm. 109: „. . . dem *pro suo* entsprach nicht eine besondere *causa.*"

standen wurde.[1]) Wie mannigfaltig die *causae acquirendi dominii* sind, so viele Fälle der *possessio pro suo* können unterschieden werden. 'Mangelt einer Tatsache die Fähigkeit, einer bestimmten Person des Besitzerwerbers das Eigentum im Momente der Inbesitznahme sofort zu übertragen, so kann diese Tatsache für keine *causa possessionis pro suo* gelten.

Der Besitz *pro suo*[2]) kann nur dann angenommen werden, wenn der Besitzer von diesem Mangel nichts wußte und glaubte, daß diese Tatsache ihm sofort das Eigentum verschaffen wird, m. a. W. wenn er an die Existenz einer *causa possessionis pro suo* dachte.

Die Ersitzung *pro suo*.

Die Ersitzung *pro suo* gehört gänzlich der klassischen Zeit an, sie ist eine Possessionsersitzung des Eigentumsrechtes auf Grund des gutgläubigen Besitzes einer Sache. In den Quellen sind die Beispiele einer solchen Ersitzung sehr spärlich.

L. 67, D. 23, 3[3]): *Proculus nepoti suo salutem. Ancilla quae nupsit dotisque nomine pecuniam viro tradidit, sive sciat se ancillam*

---

[1]) Bernhöft, Tit., S. 10.

[2]) Unterholzner, Die Lehre von der Verjährung . . . (1815), S. 194 f. Möllenthiel, S. 26 Anm. 81. Roßhirt, S. 8. Reinhardt, S. 125: „Im allgemeinen kann man daher von allem, was man unter irgendeinem besonderen Rechtsgrunde besitzt, sagen, daß man es *pro suo* besitzt." Stintzing, S. 98 f.: „Es ist bekannt, daß der Ausdruck *pro suo possidere* allgemein gebraucht wird, um einen nicht unrechtmäßigen Besitz zu bezeichnen." Böcking, § 146, § p, S. 96. Unterholzner-Schirmer, § 101, S. 342: „Insofern der redliche Besitz zugleich Eigentumsbesitz (Besitz mit *animus domini)* ist, ist er auch mit dem Ausdrucke *possessio pro suo* bezeichnet. . . . Die Bezeichnung ist von dem Titel hergenommen. *Possessio pro suo* ist nämlich der allgemeine Ausdruck für den auf einem rechtlich gültigen Eigentumstitel ruhenden Besitz." Vgl. S. 343, 345 Anm. 358, 346 Anm. 359, § 123, S. 433 Anm. 424, § 131, S. 461, Anm. 454. Fitting, 51, S. 7 f. Bernhöft, Bt., S. 17. Bechmann, S. 301. Klein, S. 306: „*Pro suo possidere* ist hienach dem Namen entsprechend, Besitz in der Meinung, Eigentümer zu sein, eine zu Eigentum erworbene Sache als solche besitzen." Vgl. S. 404.

[3]) Thibaut, S. 94. Dabelow, I., S. 346. Stintzing, S. 94 f. Böcking, § 147, § b, S. 103 Anm. 9. Unterholzner-Schirmer, § 112, S. 384 Anm. 392. Fitting, 52, S. 18 Anm. 116, S. 19, 416. David, S. 15. Mayer, S. 176, 189, 230. Bernhöft, Tit., S. 30, Bt., S. 25. Klein, S. 284 Anm. 3, S. 307. Pernice, S. 392 Anm. 1, 400: hält die eingeklammerten Sätze für eine Einschaltung der Kompilatoren. Vgl. S. 503 Anm. 1.

esse, sive ignoret, non poterit eam pecuniam viri facere eaque nihilo minus mansit eius cuius fuerat antequam eo nomine viro traderetur, [nisi forte usucapta est.] nec postea quam apud eundem virum libera facta est, eius pecuniae causam mutare potuit. itaque nec facto quidem divortio aut dotis iure aut per condictionem repetere recte potest, sed is cuius pecunia est recte vindicat eam. [quod si vir eam pecuniam pro suo possidendo usucepit, scilicet quia existimavit mulierem liberam esse, proprius est, ut existimem eum lucrifecisse, utique si, antequam matrimonium esse inciperet, usucepit.] et in eadem opinione sum, si quid ex ea pecunia paravit, antequam ea dos fieret, ita, ut nec possideat eam nec dolo fecerit, quo minus eam possideret.

Ein Mann hat eine Sklavin geheiratet und von dieser Sklavin eine Geldsumme als Mitgift *(dos)* erhalten. Das Eigentum kann auf den Mann nicht übergehen, auch wenn die Sklavin später freigelassen wird.

Proculus macht den Mann zum Eigentümer im Wege der Ersitzung und zwar auf Grund der *possessio pro suo. Pro suo possidet* der Mann, weil er glaubte, im Momente der Tradition Eigentum erworben zu haben. Dieser Glaube war möglich, wenn er irrtümlich die Sklavin *liberam esse existimavit.* Nicht deswegen ist er gutgläubig, ein *bonae fidei possessor, quia existimavit mulierem liberam esse,* sondern *quia dominium sibi adquiri putavit,* das heißt *pro suo possedit.* Der Glaube an den *status libertatis* der *ancilla* hat in ihm den Glauben an den sofortigen Eigentumserwerb im Momente der Tradition hervorgerufen, und der in diesem letzten Glauben angefangene Besitz heißt *pro suo possessio.* Hat zum Beispiel die *ancilla* eine fremde Sache dem Manne als *dos* übergeben und der Mann dies wissentlich angenommen — obwohl im Glauben, daß sie *libera* sei — so ist die *pro suo possessio,* wie bekannt, zu verneinen, da er *scit alienam rem se possidere.* Dieses *„scilicet . . . esse“* ist nur beispielsweise, als Grund des Glaubens an den Eigentumserwerb, aber nicht als Inhalt dieses Glaubens, der dem Besitze den Titel *pro suo* verleiht, angeführt.

Proculus läßt jedoch diese Ersitzung zu, bevor die Ehe zustande kam (bevor die Sklavin bei demselben Manne freigelassen wurde, bevor die Geldsumme sich in eine wirkliche

dos umwandelte). Dies kann nur auf dieselbe Art wie die L. 4 pr., D. 41, 10 von Pomponius verstanden werden.

Wurde die Sklavin vor Ablauf der Ersitzungszeit freigelassen und ist sie weiter bei demselben Manne jetzt schon als seine Ehefrau geblieben, was nur in Kenntnis und mit Einwilligung des Mannes anzunehmen ist, so kann der Mann die Geldsumme vom Momente der jetzt abgeschlossenen Ehe an nicht *et pro suo et clam* besitzen, da er vom fremden Eigentumsrechte der ihm übergebenen Geldsumme, vom Nichteigentumsrechte an der Sklavin, im Momente der Übergabe, vor Ablauf der Ersitzungszeit, erfuhr. Wir müssen hierher die Bedingungen der L. 4 pr., D. 41, 10 von Pomponius übertragen und demzufolge über die Ersitzung des Mannes entscheiden.[1]) Pomponius hat also in Proculus seinen Gewährsmann. Wir wissen, daß diese Ansicht von African und Ulpian verfochten wurde.

L. 5, D. 41, 10. Neratius: *Usucapio rerum, [etiam ex aliis causis concessa interim, propter ea,] quae nostra existimantes possideremus, constituta est, ut aliquis litium finis esset.*[2])

Etiam ex aliis causis concessa bedeutet nicht aus anderen Erwerbsgründen, sondern aus anderen Gründen, Ursachen; *causa* ist hier nicht im Sinne eines Rechtsgeschäftes, auf das die Ersitzung gestützt werden kann, sondern einer Ursache, eines gesetzlichen Motivs *(ratio)*, aus dem die Ersitzung zugelassen wird, verstanden.

Gai II., § 55: *quare autem omnino tam inproba possessio et usucapio concessa sit, illa ratio est, quod voluerunt veteres maturius hereditates adiri, ut essent qui sacra facerent, quorum illis temporibus summa observatio fuit, et ut creditores haberent, a quo suum consequerentur.* (Vgl. II., § 44).

---

[1]) Klein, S. 307.

[2]) Klein, S. 305 Anm. 59: hält die eingeklammerten Worte für interpoliert. Thibaut, S. 96. Dabelow, S. 348. Kori, S. 23, 110. Roßhirt, S. 20, 23 f. Savigny, III., S. 374 Anm. i. Stintzing, S. 90. Böcking, § 146, § h, S. 89. Bruns, S. 289. Schirmer, S. 1. Unterholzner-Schirmer, § 101, S. 345, § 103, S. 353, Anm. 364, § 117, S. 407 Anm. 411. Fitting, 51, S. 4, 12; 52, S. 17, 260, Anm. 164, S. 409. Mayer, S. 195, 208, 219. David, S. 87. Bernhöft, Bt., S. 20. Klein, S. 285, 308. Pernice, S. 396 Anm. 5, S. 503. Windscheid-Kipp, § 176, S. 810 Anm. 4, § 178, S. 815 Anm. a 1, S. 816 Anm. 6. Dernburg, S. 513 Anm. 31.

In diesem Fragmente führt Gaius die Gründe an, welche zur Zulassung der *inproba usucapio pro herede* seiner Ansicht nach führen konnten. Für den Todesfall war, um die Annahme der Erbschaft und dadurch die Erfüllung der religiösen und zivilen Verpflichtungen zu beschleunigen, diese *inproba usucapio pro herede* eingeführt und geduldet, die *proba* wurde ihr nachher zugegeben.

Zur Regulierung des Verkehrs unter den Lebenden wurde dieselbe *usucapio*, die für den Todesfall aus obigen Gründen unter dem Titel *pro herede* eingeführt wurde, auch hier aus dem Grunde, um möglichen Streitigkeiten ein Ende zu machen, unter dem Titel *pro suo* eingeführt. Dieses *etiam ex aliis causis concessa* erinnert uns lebhaft an jene Gründe *(ratio)*, die uns Gaius überliefert und eben mit dem Worte *concessa* ausspricht.

Es sind zwei Sätze: der erste: *usucapio rerum .... concessa*[1]) = dieselbe Ersitzung der Sachen, die aus anderen Gründen auf den Todesfall eingeführt wurde; der zweite: *interim ... finis esset* = jene Ersitzung, die manchmal für diejenigen Gegenstände *(ea = accusativ pluralis* vom Neutrum *id), welche (quae accusativ pluralis* von *quid)* wir im Glauben, daß sie unser Eigentum im Momente der Inbesitznahme werden *(fieri)*, in Besitz nehmen, aus dem Grunde *„ut ... esset“* eingeführt ist.

Propter ea ist nicht *propterea* = deswegen, sondern *propter ea* „für all dasjenige“; *quae ... possideremus* bedeutet nicht: weil wir im obigen Glauben in Besitz nehmen, sondern eine bloße Konstatierung der Tatsache, daß die Ersitzung an den so besessenen Sachen stattfindet. Erst im weiteren Satze ist das Erfordernis des guten Glaubens kausal angeführt: *sed id, quod quis, cum suum esse existimaret, possederit, usucapiet, etiamsi falsa fuerit eius existimatio.*

Neratius bestätigt, daß dieselbe Ersitzung, die den Verkehr der Vermögensgegenstände auf den Todesfall aus speziellen Gründen (vielleicht aus den von Gaius in II., § 55 überlieferten) ordnete, zur Regulierung des Verkehrs unter den Lebenden aus dem zitierten Grunde eingeführt wurde: eine ausdrückliche, den Quellen entnommene Bestätigung unserer Ansicht über die Gleichstellung der Ersitzung *pro herede* und *pro suo*, in dem

[1]) Klein, S. 407: „... ein von den *veteres* anerkanntes Institut *(concessa, instituta).*“

Titel des Besitzes, in dem zur Ersitzung erforderlichen guten Glauben, in dem Begriffe der *causa*.

Pomponius L. 4 pr., D. 41, 10: *Si ancillam furtivam emisti bona fide (quodque) ex ea natum et apud te conceptum est ita possedisti, ut intra constitutum usucapioni tempus cognosceres matrem eius furtivam esse, Trebatius (ait) omni modo, quod ita possessum esset usucaptum esse.*[1])

(Vgl. L. 3, C. 7, 26; L. 10 § 2, D. 41, 3; L. 11 § 4, D. 6, 2; L. 48 § 5, D. 47, 2; L. 33 pr., L. 4 § 15, 17, 18, D. 41, 3.)

Pomponius führt uns hier die Ansicht des Trebatius an, daß ihm die *origo nanciscendae possessionis* und nicht die *ratio obtinendae* richtig und maßgebend erschien; und da das Kind im Momente der Inbesitznahme seitens des gutgläubigen Käufers der gestohlenen Sklavin auch gutgläubig, das heißt im Glauben *(existimatio) suum esse, nostrum fieri* erworben wurde, so muß es unter dem Titel *pro suo* ersessen werden. Seinerseits (siehe Fortsetzung der Lex auf S. 49) berücksichtigt Pomponius auch den weiteren Verlauf der *possessio* und ist der uns schon bekannten Ansicht über den Einfluß der späteren *scientia* vom fremden Eigentumsrechte an der in Besitz genommenen Sache beigetreten.

L. 4 § 1, D. 41, 10: *Si pater cum filiis bona quae habebat partitus sit et ex ea causa post mortem patris ea teneant, quod inter eos conveniret, ut ea divisio rata esset: usucapio his procedet pro suo in his rebus, quae alienae in bonis patris inveniuntur.* (Vgl. L. 20 § 3, D. 10, 2; L. 1, C. 3, 38.)

§ 2. *Quod legatum non sit, ab herede tamen perperam traditum sit, placet a legatario usucapi, quia pro suo possidet.*[2])

Beide Fragmente sind nur Beispiele der Anwendung der Ersitzung *pro suo*.

---

[1]) Thibaut, S. 87. Schirmer, S. 141. David, S. 28. Ubbelohde, S. 17 Anm. 20. Klein, S. 323 Anm. 95. Pernice, S. 402 Anm. 3.

[2]) Savigny, III., S. 374 Anm. g. Stintzing, S. 99, 122. Huschke, S. 186. Böcking, § 147, § b, S. 103 Anm. 12. Unterholzner-Schirmer, § 101, S. 342 Anm. 352, § 109, S. 375 Anm. 381, § 110, S. 387 Anm. 389, § 115, S. 395 Anm. 400. Fitting, 52, S. 7, 22, 42, 260. David, S. 37. Mayer, S. 181: *pro suo* oder *pro soluto*. Vgl. S. 229. Bernhöft, Bt.. S. 56: *pro soluto*. Bernhöft, Tit., S. 29: *titulus pro soluto*. Klein, S. 306. Pernice, S. 402.

Ad § 1. Die Söhne haben die vom Vater ausgeführte physische Teilung der *(bona)* Vermögensgegenstände nach seinem Tode anerkannt. Sie können *pro suo* diejenigen Vermögensgegenstände ersitzen, die sie im Vermögen des Vaters vorfanden, obwohl diese Sachen fremdes Eigentum bildeten, da sie an den Erwerb des Eigentumsrechtes an diesen Sachen *(nostra fieri existimantes)* im Momente der Fortsetzung des Besitzes auf Grund der Anerkennung *(conventio ut divisio rata sit)* glaubten.

Ad § 2. Jemandem wurde etwas legiert *(legatario).* Der Erbe übergibt ihm statt der legierten eine nicht legierte[1]) Sache. Der Legatar kann *pro suo* ersitzen, weil er *dominium sibi adquiri putat.* Der einzige Grund der Zulassung ist der Besitz *pro suo (quia pro suo possidet).*

In der L. 4, D. 41, 10 hat Pomponius die Ersitzung *pro suo,* so wie sie von Proculus, Neratius, Trebatius überliefert wurde, anerkannt, aber in allen drei Beispielen einen solchen Tatbestand besprochen, daß der der *pro suo possessio* eigentümliche Glaube natürlich und durch die den Besitzbeginn begleitenden Umstände gerechtfertigt erscheint. Er spricht zwar nicht ausdrücklich von einer *iusta causa existimandi se dominum exstitisse,* aber die Konstruktion der tatsächlichen Verhältnisse, unter denen in den angeführten Beispielen der *pro suo*-Besitz entsteht, macht diese Vermutung wahrscheinlich.[2]) Diese Wahrscheinlichkeit, daß Pomponius zum Besitz *pro suo* einen Rechtfertigungsgrund des Glaubens, also eine neue, bei Proculus und Neratius nicht erwähnte Bedingung der Ersitzung *pro suo* verlangte,[3]) endigt mit der Erklärung der L. 3, D. 41, 10 von Pomponius aus einem früheren (22.) Buche desselben Werkes *(ad Sabinum)* als die L. 4, D. 41, 10 (aus dem 32. B.)

Hominem, quem ex stipulatione te mihi debere falso existimabas, tradidisti mihi: si scissem mihi nihil debere, usu eum non capiam: quod[4]) *si nescio, verius est, ut usucapiam, [quia ipsa traditio ex causa, quam veram esse existimo, sufficit ad efficiendum, ut id*

---

[1]) Mayer, S. 181: „Von den Erfordernissen eines *titulus pro legato* dagegen fehlt das erste und wichtigste, die Legatserrichtung selbst." Pernice, S. 402.

[2]) Böcking, § 147, § b, S. 102.

[3]) Unterholzner-Schirmer, § 105, S. 356.

[4]) Flor: *quia.* Unterholzner-Schirmer, § 109, S. 375.

quod mihi traditum est pro meo possideam]. et ita Neratius scripsit. idque verum puto.[1])

Sufficit ad efficiendum: also nicht immer wird der Glaube *dominium sibi adquiri* angenommen, es muß etwas vorhergehen, was dazu ausreichend erscheint. Ein Beispiel eines solchen Vorganges bildet die Tradition zur Tilgung der vermeintlichen Stipulation. Auch Proculus hat die *pro suo possessio* damit begründet, daß der Mann die Sklavin *liberam esse existimavit.* Pomponius führt auch einen Glauben „*quam veram esse (causam) existimo*" an und erachtet auf Grund dieses Glaubens die vorgenommene Übergabe für eine genügende Grundlage der *possessio pro meo (suo)*, aber nur deswegen, weil ihm dieser Vorgang im obigen Glauben *sufficit.*

Proculus hat sich darüber nicht geäußert, ob der Glaube an die Freiheit der vermeintlichen Ehefrau *sufficit* oder nicht[2]), und wir haben beispielsweise nur beweisen wollen, daß manchmal dieser Glaube vorhanden sein kann und die *pro suo possessio* dennoch ausgeschlossen wird (die wissentliche Annahme einer fremden Sache als *dos* von der *ancilla* als der vermeintlichen Ehefrau).

Die Antwort auf die Frage, warum Pomponius die vom Besitzer zu beweisende[3]) Rechtfertigung des Glaubens *dominium sibi adquiri* zur *possessio* und demnach zur *usucapio pro suo* verlangte, liegt in der Opposition, die Celsus gegen die Ansichten von Proculus und Neratius erhob.[4]) Darüber berichtet Ulpianus L. 27, D. 41, 3: *Celsus libro trigensimo quarto errare eos ait, qui existimarent, cuius rei quisque bona fide adeptus sit possessionem, pro suo usucapere eum posse*[5]) . . . (Über die Fortsetzung der Stelle an anderem Orte).

---

[1]) Dabelow, S. 350. Kori, S. 111. Savigny, III., S. 374 Anm. g. Stintzing, S. 38, 86, 96, 122. Böcking, § 146, § n, S. 92 Anm. 31, § 147, § b, S. 103 Anm. 12. Fitting, 52, S. 5, 81 Anm. 96, S. 82, 260. David, S. 8. Mayer, S. 229. Bernhöft, Bt., S. 56 Anm. 35. Vangerow, § 319. Klein, S. 304. Pernice, S. 402: hält die eingeklammerten Worte für interpoliert.

[2]) Klein, S. 307.

[3]) Unterholzner-Schirmer, § 103, S. 354.

[4]) Dernburg, I., S. 513 Anm. 31.

[5]) Roßhirt, S. 8. Stintzing, S. 87. Fitting, 51, S. 9 Anm. 11, 12; 52, S. 31, 32, 256 f. Klein, S. 285, 306 Anm. 61.

Dem Celsus erschien die Ersitzung *pro suo* auf Grund des Glaubens *dominium sibi adquiri (bona fide adeptus sit possessionem)*[1]), ohne Prüfung, ob dieser Glaube leichtsinnig oder gerechtfertigt entstand, zu weitläufig. Wo eine *iusta causa existimandi* nicht erfordert wird, kann jeder unredliche Besitzer, ob *praedo, raptor* oder *fur*, sagen: ich habe das Eigentum an der Sache erworben; und wird sich auch zeigen, daß er das Eigentumsrecht nicht erwarb und nicht erwerben konnte, so bleibt doch seine Behauptung: ich habe zum mindesten an einen solchen Erfolg geglaubt, zu beachten, da die Prüfung der Gründe dieser Meinung nicht erfordert wird.

Um die *usucapio pro suo* zu begrenzen und die Möglichkeit der Ersitzung auf wirklich gerechtfertigte Fälle des guten Glaubens zu beschränken, ist Celsus gegen diese Nichtbeachtung der Umstände, unter denen der Besitzerwerb vorging und der Glaube *dominium sibi adquiri* entstand, aufgetreten. Vielleicht hat er selbst die Bedingung eines solchen Vorganges, der *sufficit ad efficiendum ut pro meo possideam*, als Erfordernis der *possessio* und *usucapio pro suo* aufgestellt, dadurch die Ansichten von Proculus, Neratius und Trebatius *(eos)* bei Seite geschoben und dem Pomponius (und Julian, wie unten,) als Autor dieses Erfordernisses gedient!

Erst jetzt ist es erklärlich, warum Julian in der L. 33 § 1, D. 41, 3 eine *iusta causa existimandi* verlangt.

Dieses Erfordernis, welches bei demjenigen, *qui putat se heredem esse* bei Gaius nicht vorkommt, ist nach Celsus aus der Ersitzung *pro suo* auf das Gebiet der Ersitzung *pro herede* durch Julian übertragen, um dadurch die Einheit in der Ersitzung, die von Neratius und Gaius, als auf den Todesfall und unter den Lebenden *concessa,* überliefert wurde, zu wahren. Dadurch wird auch das *etiamsi falsa fuerit eius existimatio* und die Fortsetzung der L. 5, D. 41, 10 klar.

Derjenige, der *iustam causam existimandi* hat, *existimat iuste.* Derjenige, der keine *causa* oder eine *iniusta, falsa causa existimandi* hat, *existimat false.* Neratius war es noch gleich-

[1]) Mayer, S. 231: „*b. f. p. ad.* heißt nichts anderes als Besitzergreifen ohne das Bewußtsein, daß man dadurch einen anderen in seinem Rechte verletze.“

gültig, ob der Glaube des Besitzers *iusta* oder *falsa existimatio* war. Vielleicht wollte er dadurch seinen Standpunkt gegenüber dem Celsus betonen und ihm sagen, daß er seinen *error (errare)* nicht anerkennt, daß er die Ersitzung zuläßt, obwohl *(etiamsi)* der Besitzer *false* im obigen Sinne des Wortes glaubte.

Der Schluß der Stelle lautet: *quod tamen ita interpretandum est, ut probabilis error possidentis usucapioni non obstet, veluti si ob id aliquid possideam, quod servum meum aut eius, cuius in locum hereditario iure successi, emisse id falso existimem, quia in alieni facti ignorantia tolerabilis error est*[1]), und steht in direktem Widerspruche mit dem *etiamsi . . . existimatio* des vorhergehenden Satzes.

Hätte Neratius selbst zur Ersitzung *pro suo* einen *probabilis* Irrtum, eine *tolerabilis ignorantia* gefordert, so hätte er selbst nicht *etiamsi* usw. sagen können. Dieses *etiamsi* scheint überflüssig zu sein, wenn es nur den irrtümlichen Glauben des Besitzers andeuten soll, da den Inhalt dieses Glaubens Neratius schon im Satze *cum . . . existimaret* angab. Entsprach die *existimatio* der Wirklichkeit, so war keine Rede von einer Ersitzung.

Aller Wahrscheinlichkeit nach ist der Schluß der Stelle von Pomponius hinzugefügt worden, der auch in L. 3, D. 41, 10 den Neratius als seinen Gewährsmann anführt. Dies läßt sich aus dem Umstande schließen, daß Pomponius zum Ausdrucke der den tatsächlichen Verhältnissen nicht entsprechenden Meinung einer Person nicht bloß das Wort *existimare* als Gegensatz des *scire*, sondern *falso existimare* gebraucht hat.

In L. 3, D. 41, 10 kann das *quem ex stipulatione te mihi debere falso existimabas* keinen anderen Sinn haben, als daß der Tradent irrtümlich zur Übergabe verpflichtet zu sein glaubte. Dasselbe ist unter dem *falso existimem* des Schlußsatzes der L. 5, D. 41, 10 zu verstehen, denn sonst würde dieser Satz einen Widerspruch enthalten. Wenn ich ungerechtfertigt irrtümlich glaube, so kann mein *error* nicht *probabilis* sein. Wenn ich jedoch nur irrtümlich glaube, so kann dieser *error tolerabilis* sein oder nicht. Da Pomponius die *falsa existimatio* des

---

[1]) Bernhöft, Tit., S. 32.

Neratius im Satze *etiamsi* als eine irrtümliche Meinung auffaßte, konnte er diesen als seinen Gewährsmann gebrauchen und der von Neratius überlieferten allgemeinen Regel (L. 5 pr., D. 41, 10) seinerseits ein Beispiel dieser Ersitzung hinzufügen, umsomehr, als ihm in der L. 11, D. 41, 4 ein Beispiel zur Konstruierung des Tatbestandes von Julian-African vorlag.

Pomponius erscheint uns demnach als derjenige Jurist, der der Ansicht von Celsus, Julian und African huldigend, die *pro suo*-Ersitzung als von altersher, noch zu seiner Zeit herrschend, darstellen will.

(Über die *pro suo*-Ersitzung der L. 1 § 2, D. 41, 9 und L. 2, D. 41, 9 unten.)

Der Besitztitel *pro suo* entspricht dem Willen, durch Inbesitznahme der Sache Eigentümer derselben zu werden.

Dieser Wille ist nur dann möglich, wenn die Person des Erwerbers entweder der Wahrheit entsprechend *scit,* daß sie durch Inbesitznahme das Eigentum an der Sache erwirbt, oder zum mindesten so meint *(existimat).*

Wenn der Erwerber der Wahrheit entsprechend *scit,* daß er durch Inbesitznahme das Eigentum an der Sache nicht erwerben kann, so ist bei ihm die Fassung des obigen Willens ausgeschlossen, demnach der Besitz *pro suo* unmöglich.

Wenn der Erwerber irrtümlich meint, durch Inbesitznahme Eigentum nicht erwerben zu können, so wird angesichts des wirklich stattfindenden Eigentumserwerbes sein derartiger Wille ohneweiters logisch vorausgesetzt.

Pro suo besitzt der Eigentümer eine Sache ohne Prüfung, ob er die Inbesitznahme mit dem Willen, Eigentümer der Sache zu werden, oder ohne solchen Willen vornahm; der Nichteigentümer, wenn er mit dem Willen, Eigentümer zu werden, die Sache erwarb — was nur dann möglich ist, wenn er vor der Inbesitznahme an die Möglichkeit der Realisierung seines Willens und im Momente der Inbesitznahme an den Eigentumserwerb glaubte.

Somit ist es erklärlich, daß der Besitz *pro suo* nur bei gutem Glauben des Besitzerwerbers, daß für ihn das Eigentumsrecht an der Sache durch die Inbesitznahme entstehe, möglich ist, daß eine *non bonae fidei possessio pro suo* unmöglich erscheint, daß

endlich der Ausdruck *pro suo possessio* immer einen redlichen Besitz bezeichnet.

Als *causa possessionis pro suo* kann nur ein solcher Vorgang gelten, der für sich selbst genommen der Person des Besitzers das Eigentumsrecht im Momente der Inbesitznahme verschaffen kann, m. a. W. jede *causa adquirendi eius quod nostrum non est (dominii).*

Der *pro suo*-Besitz auf Grund einer *causa possessionis pro suo* gleicht dem Besitz des Eigentümers und macht die Ersitzung überflüssig.

Die Ersitzung *pro suo* ist nur dann möglich, wenn eine *causa possessionis pro suo* fehlt, also nur auf Grund eines putativen Titels, womit auch die herrschende Terminologie übereinstimmt.[1])

Da die *possessio pro suo* mit der *bonae fidei possessio* identisch ist, so gründet sich auf sie auch die Ersitzung *pro suo.* Proculus, Neratius, Trebatius lassen diese Ersitzung ohneweiters zu. (L. 67, D. 23, 3; L. 5, D. 41, 10; L. 4 pr., D. 41, 10.) Celsus (L. 27, D. 41, 3) verlangt dazu eine Rechtfertigung des Glaubens an den Vollzug des Eigentumsrechtserwerbes im Momente der Inbesitznahme. Ihm folgt Pomponius (L. 3, 5 in f., D. 41, 10).

Die von Neratius in L. 5, D. 41, 10 angeführte, zu seiner Zeit geltende Ersitzung auf Grund der *bonae fidei possessio* stellt sich demnach folgendermaßen dar:

---

[1]) Thibaut, S. 96: „Hat der Besitzer einen Titel, welcher nicht durch einen einfachen Kunstausdruck bezeichnet werden kann, oder besitzt er ohne allen Rechtsgrund, jedoch so, daß ihm deswegen die Verjährung nicht versagt wird, so nennt man dies eine *usucapio pro suo.*“ Dabelow, I., S. 348: wie Thibaut. Kori, S. 114: „*Pro suo,* damit wird jeder Eigentumstitel überhaupt angedeutet, jedoch bedient man sich dieser Benennung besonders dann, wenn das Geschäft, worauf der Erwerb des Rechtes beruht, keinen besonderen Namen hat.“ Roßhirt, S. 10 f. Reinhardt, S. 126: „Die Usukapion *pro suo* findet vorzüglich dann statt, wenn uns der Mangel eines bestimmten Besitztitels wegen entschuldbarer Unwissenheit nichts schadet,“ sonst wie Thibaut, Dabelow, Kori. Stintzing, S. 98. Fitting, 51, S. 9; 52, S. 416. Klein, S. 307, 309, 355: „*Pro suo*-Ersitzung . . . unterscheidet . . . sich von allen anderen Kategorien der Possessionsersitzung, von welcher sie historisch und dogmatisch zu sondern sei.“ Pernice, S. 405: „. . . die Kompilatoren . . . die Ersitzung *pro suo* in einem besonderen Titel behandelten und damit einen neuen Usukapionsgrund schufen.“

Auf den Todesfall *(mortis causa).*	**Unter den Lebenden** *(inter vivos).*
1. Der Besitz „*pro herede*" als Ausdruck des Willens, durch Inbesitznahme Erbe zu werden, und des guten Glaubens des Besitzers,	1. Der Besitz „*pro suo*" als Ausdruck des Willens, durch Inbesitznahme Eigentümer zu werden, dadurch des guten Glaubens des Besitzers,
2. ist an jeder Sache möglich.	2. ist an jeder Sache möglich.
3. *Bona fides* ist der Glaube des Erwerbers vor Inbesitznahme, daß ihm das Erbrecht bezüglich der Sache im Momente der Inbesitznahme zusteht, daß er durch Inbesitznahme Erbe wurde.	3. *Bona fides* ist der Glaube des Erwerbers vor Inbesitznahme, daß ihm das Eigentumsrecht bezüglich der Sache *(cum suum esse existimaret)* zusteht im Momente der Inbesitznahme, daß er durch Inbesitznahme Eigentümer wurde *(cum dominium nobis adquiri putamus)*, *(quae nostra [fieri] existimantes)*.
4. Sie ist immer beim wirklichen Erben vorhanden, deswegen heißt der Besitz des Erben immer *pro herede*.	4. Sie ist immer beim wirklichen Eigentümer vorhanden, deswegen heißt der Besitz des Eigentümers immer *pro suo*.
5. *Causa possessionis* ist nur diejenige Tatsache, die dem Erwerber sofort das Erbrecht verschaffen kann und selbes im Momente der Inbesitznahme wirklich verschafft.	5. *Causa possessionis* ist nur diejenige Tatsache, die dem Erwerber sofort das Eigentumsrecht verschaffen kann und selbes im Momente der Inbesitznahme wirklich verschafft.
6. Die *bona fides* ist demnach identisch mit dem Glauben an die Existenz der *causa possessionis*.	6. Die *bona fides* ist demnach identisch mit dem Glauben an die Existenz der *causa possessionis*.
7. Die Ersitzung führte anfangs zum Erwerbe des Erbrechtes — war also nur an einer *res hereditaria* möglich, so lange sie nicht ins Eigentum des Erben überging, also *hereditaria esse* aufhörte — nur zu Gunsten eines Erbfähigen; später (zur Zeit des Neratius) führte sie zum Erwerbe des Eigentumsrechtes, obwohl die angeführten Bedingungen unnatürlich erschienen, und bloß aus Konservatismus, nicht ohne Opposition (L. 3, D. 41, 5) beibehalten wurden.	7. Die Ersitzung führt zum Erwerbe des Eigentumsrechtes.

8. Julian hat aus der Ersitzung *pro suo* das Erfordernis der *iusta causa existimandi* hieher übertragen.[1]) (L. 33 § 1, D. 41, 3.)

8. Celsus verlangt einen Rechtfertigungsgrund der *bona fides,* ihm folgen Julian, African, Pomponius. (L. 27, D. 41, 3; L. 11, D. 41, 4; L. 3, 5, D. 41, 10.)

9. Pomponius allein verlangt den Besitz *pro suo* nicht nur im Momente des Besitzerwerbes *(origo),* sondern bis zum Ablauf der gesetzlich bestimmten Zeit (ein oder zwei Jahre). (L. 4 pr., D. 41, 10.)

Zur Zeit des Neratius war zur Ersitzung die *bonae fidei possessio* ohne *causa* notwendig, aber unter dem Besitztitel *pro herede* oder *pro suo.*[2])

Daraus, daß diese Usukapion der später herrschenden Ansicht weichen mußte (darüber unten)[3]), erklärt sich der Umstand, warum der Ersitzung *pro herede* kein einziger Fall (außer den Regeln L. 1, 2, 4, D. 41, 5, dem Beispiel des Besitztitels *pro herede* in L. 33 § 1, D. 41, 3 und der Ersitzung auf Grund des Besitzes *pro herede,* aber ohne Titel in L. 3, D. 41, 5) und der Ersitzung *pro suo* (außer der Erörterung der *possessio pro suo* L. 1, 2, D. 41, 10) nur Fragmente von ältesten Juristen und dem klassischen Pomponius erst am Schlusse des 41. Buches gewidmet sind.[4])

---

[1]) Böcking, § 147, § b, S. 102. Pernice, S. 503: „. . . ist wohl die Entschuldbarkeit erst justinianischer Zusatz."

[2]) Klein, S. 387: „. . . *(Pro suo-* und *pro herede-*Usukapion) diese beiden Ersitzungen waren nach unserer Annahme miteinander enge verwandt, hatten vielfach gleiches." Vgl. S. 399 Anm. 55.

[3]) Klein, S. 485: „Der Eigentumsersitzung auf Grund rechtsgeschäftlicher *causa* stehen auch noch im klassischen Rechte aus der *Usus auctoritas* stammende und nur auf den Rechtsübungswillen oder Glauben gestellte Usukapionen gegenüber, die lediglich darin modifiziert worden waren, daß auch sie zu Eigentumserwerb (und nur zu Eigentumserwerb) führten und an Stelle des *uti* das *possidere* getreten war; die *pro suo-*Ersitzung, die *usucapio pro herede* und die *usureceptionen.*" Vgl. S. 486 f.

[4]) Pernice, S. 503: „Er (Justinian) hat aber vor allem den Aushilfstitel *pro suo* eingeführt, den es in klassischer Zeit noch nicht gab. Er hat dafür gesorgt, daß der Ausspruch des Neratius, der den Putativtitel am weitesten gut zu heißen scheint, zu diesem Titel gestellt wurde."

§ 3.

Pro emptore.

Julianus L. 33 § 1, D. 41, 3: *si quis emerit fundum sciens ab eo, cuius non erat, possidebit pro possessore; sed si eundem a domino emerit, incipiet pro emptore possidere, . . . idemque iuris erit etiam, si non a domino emerit, cum existimaret eum dominum esse.*[1] . . . *si colonus mortuo domino emerit fundum ab eo, qui existimabat se heredem eius vel bonorum possessorem esse, incipiet pro emptore possidere.*

Derjenige, der eine Sache kauft, hat den Willen, die Rechte des Käufers zu genießen, die Pflichten eines *emptor* zu vertreten, er hat *affectionem emptoris.* Von diesem Willen, als Käufer die Sache zu besitzen, durch Inbesitznahme der Sache die Stelle eines Käufers einzunehmen, ist der Besitztitel *pro emptore,* sowie der Besitztitel *pro herede, pro suo* abgeleitet. *Tamquam emptor* die Sache zu besitzen, ist der Inhalt des Willens der Person. Dieser Wille ist möglich, wenn man wirklich eine Sache kaufte oder glaubte, über die Sache einen Kaufvertrag abgeschlossen zu haben. Dieser Wille wird im Momente der Inbesitznahme der Sache gefaßt, entweder auf Grund des wirklichen Kaufvertrages oder in dem Glauben, daß die Sache gekauft wurde.

Julian bespricht in obigen Fragmenten nur die Fälle, wo wirklich über die Sache ein Kaufvertrag abgeschlossen wurde. Die Tatsache, daß jemand über eine Sache eine *emptio* abschloß, bestätigt am besten, daß er den Willen, eine Sache als Käufer in Besitz zu nehmen, hatte. Erwirbt er später den Besitz der Sache, so ist diese *emptio* der Beweis dafür, daß er mit obigem Willen die Sache zu besitzen begann. Auf Grund dessen muß jeder Besitzer der Sache, der über dieselbe einen Kaufvertrag vor der Inbesitznahme abgeschlossen hat, *pro emptore* heißen, sowie jeder *qui vult heres esse* — insofern diese *voluntas* vernünftig erscheint — *pro herede* genannt wird. Der

[1]) Unterholzner-Schirmer, § 100, S. 340 Anm. 350. Fitting, 52, S. 267 Anm. 175.

Besitztitel *pro emptore* hat demnach als Ausdruck des Willens des Besitzers mit der Redlichkeit oder Unredlichkeit des Besitzes nichts gemeinsam.

Jedoch wie der Besitztitel *pro herede,* so diente anfangs auch dieser noch zum Ausdrucke des guten Glaubens. Nur der gutgläubige Besitzer mit obigem Willen hieß *pro emptore possessor.* War er *non bonae fidei possessor,* so lautete sein Besitztitel *pro possessore.*[1])

Der Besitztitel *pro emptore* umfaßte folgende Momente:

1. Den Willen, als *emptor* die Sache zu besitzen *(affectionem emptoris).*

2. Den guten Glauben *(bona fides).*

Pro possessore berührt nicht das erste, sondern bezeichnet nur den Mangel des zweiten Momentes. Mit Recht meint Ulpian L. 13 § 1, D. 5, 3: *Omnibus etiam titulis hic pro possessore haeret et quasi iniunctus est. denique et pro emptore titulo haeret: nam si a furioso emero sciens, pro possessore possideo. idem in titulo pro donato quaeritur, an quis pro possessore possideat, ut puta uxor vel maritus: et placet nobis Juliani sententia pro possessore possideri eum, et ideo petitione hereditatis tenebitur. item pro dote titulus recipit pro possessore possessionem, ut puta si a minore duodecim annis nupta mihi quasi dotem sciens accepi. et si legatum mihi solutum est ex falsa causa scienti, utique pro possessore possidebo.*[2])

Der *titulus pro possessore haeret, iniunctus est* dem Besitztitel *pro emptore.* Das *possidebit pro possessore* des ersten Satzes (L. 33 § 1, D. 41, 3) ist demnach nur der Ausdruck des Mangels der *bona fides.*

Den Inhalt des guten Glaubens bildet in diesen Fragmenten das Eigentumsrecht des Verkäufers, also eine Tatsache auf Seite einer anderen Person, nicht auf Seite des Erwerbers. Unbedingt eine Neuerung zu dem *qui putat se heredem esse* des Gaius und Ulpian, zu dem *qui putat se dominum esse* des Neratius und Ulpian.

---

[1]) Unterholzner-Schirmer, § 101, S. 343 Anm. *: „. . . so wird damit bloß der Usukapionsbesitz *pro emtore,* nicht jeder Besitz *pro emtore* geläugnet. So schon die Glosse . . .“ Arndts, Beiträge, S. 47.

[2]) Stintzing, S. 70. Bernhöft, Bt., S. 10 Anm. 37. Pernice, S. 394, Anm. 2. Windscheid-Kipp, I., § 178, S. 816 Anm. 5.

Ist diese Tatsache wirklich vorhanden, ist also der Verkäufer wirklich Eigentümer der Sache, so wird dieser gute Glaube sofort[1]) angenommen, der Käufer wird sofort *pro emptore possessor.* Vgl. L. 8, D. 41, 4. Julian: *quomodo enim mala fide emisse videtur, qui a domino emit?*

Fehlt das Eigentumsrecht beim Verkäufer, so ist der Käufer entweder *pro possessore possessor*, wenn er *sciens emit ab eo, cuius non erat*, oder *pro emptore possessor, cum existimaret eum dominum esse.*

Der letzte Satz von dem Kolonus[2]) ist unbedingt so zu verstehen, daß der Kolonus den Verkäufer für den Eigentümer der Sache hielt, weil dieser Verkäufer, im Glauben Erbe zu sein, sich ihm als Eigentümer der Sache auf Grund der Erbfolge vorgestellt hatte.

Causa possessionis ist der Kaufvertrag.

(Vgl. L. 1 § 16, D. 41, 2; L. 30 § 2 *in f.* D. 41, 3; L. 2 § 14, 21, L. 6 pr., D. 41, 4.)

Emptio wird in den Quellen auch als *causa* der Tradition (L. 9 § 5, L. 31 pr., D. 41, 1; L. 13 § 1, D. 41, 3; L. 2 § 2, *in f.* D. 41, 4) und des Eigentumsrechtserwerbes (L. 3 § 21, D. 41, 2) angeführt.

Dieselbe Tatsache wird demnach in den Quellen als Grundlage des Besitzes, der Tradition und des Eigentumsrechtes erwähnt. Das zwingt zur Untersuchung, wieso verschiedene Tatsachen eine gemeinsame Quelle haben können, wenn wir nicht im voraus auf die Antwort verzichten wollen.

A hat sein eigenes Grundstück dem B verkauft, bald darauf ihm das Grundstück übergeben. B nimmt das Grundstück in Besitz und wird Eigentümer.[3]) Es tritt ein: 1. Die Tatsache des Abschlusses des Kaufvertrages; 2. die Tatsache der Übergabe und Übernahme *(traditio)*; 3. wobei auf Seite des Verkäufers das Eigentumsrecht vorhanden ist; 4. der Erwerb des Eigentumsrechtes auf Seite des B.

Die Tatsache ad 1. ist *emptio* und wird in den Quellen als *causa* der Tatsachen 2. und 4. angeführt. Wie bekannt, kann

[1]) Stintzing, S. 55.
[2]) Stintzing, S. 66.
[3]) David, S. 16, 17.

der Erfolg 4. ohne 3. nicht stattfinden (*nemo plus iuris* usw.) (L. 28, D. 18, 1). L. 11 § 2, D. 19, 1: „*quae res, si quidem dominus fuit venditor, facit et emptorem dominum*". *Emptio* kann als *causa adquirendi dominii* erst unter der Bedingung 3. zustande kommen. Die Tatsache 2. ist nicht dazu notwendig, sie kann ausbleiben.

A ist nicht Eigentümer der Sache.

Der Erfolg 4. wird ausbleiben, aber die Tatsache 2. gründet sich auf die *causa emptionis*. Als Wirkung der Tradition erscheint auf Seite des Käufers der Besitzerwerb, der Besitz der Sache. Der Kaufvertrag, *emptio* vom Nichteigentümer ist demnach eine Grundlage, *causa possessionis* beim Käufer.

Was liegt in der *emptio*, der *traditio: possessio* und dem *dominium* so gemeinsames, daß alle drei in dieser *emptio* ihre *causa* finden?

Es bleibt nur das einzige: die Einwilligung des Verkäufers. L. 9 § 3, D. 41, 1. Gaius: *Nihil enim tam conveniens est naturali aequitati quam voluntatem domini volentis rem suam in alium transferre ratam haberi.*

Die *voluntas* einer Person, den Besitz der Sache einer anderen Person zu bewilligen, ist die *causa possessionis;* der Besitzerwerb gründet sich auf diese Einwilligung.

Der Besitz einer Sache kommt in den Quellen als Gegenstand des Willens zur Übertragung vor. L. 28, D. 41, 2: *nam et si rem meam tu possideas et ego emam a te possessionem eius rei vel stipuler, utilis erit et emptio et stipulatio, et sequitur, ut et precarium et conductio (meae rei utiliter fiant, ubi) specialiter possessionis solius conducendae vel precario rogandae animus interveniat.* L. 38 § 1, D. 41, 2, Julian: *si quis possessionem fundi ita tradiderit, ut ita demum cedere ea dicat, si ipsius fundus esset, non videtur possessio tradita, si fundus alienus sit. hoc amplius existimandum est, possessiones sub condicione tradi posse, sicut res sub condicione traduntur neque aliter accipientis fiunt, quam condicio exstiterit.* (Vgl. L. 34 § 4 D. 18, 1.) Der Besitz wird als Gegenstand des Verkehrs so wie die Sachen verkauft, übergeben.

Die *emptio* ist prinzipiell als eine *causa possessionis* zu betrachten; der Verkäufer ist auf Grund des Kaufvertrages ver-

pflichtet, „*rem emptori habere licere*“ nicht aber dazu „*ut eius faciat*“. (L. 30 § 1, L. 11 § 2, D. 19, 1; L. 25 § 1, D. 18, 1; L. 1 pr., D. 19, 4.) L. 28, D. 18, 1, Ulpianus: *rem alienam distrahere quem posse nulla dubitatio est: nam emptio est et venditio.*

Der Eigentumserwerb auf Grund der *emptio* erscheint demnach als Nebenwirkung, nicht als Hauptwirkung, auf die der beiderseitige Wille der Kontrahenten abzielt. Der Verkäufer ist nur zum *habere licere* verpflichtet, *venditori sufficit ob evictionem se obligare possessionem tradere et purgari dolo molo, itaque, si evicta res non sit, nihil debet.* (L. 1 pr., D. 19, 4.)

Die *causa possessionis* ist demnach in jedem Kaufvertrage enthalten und zwar auf Seite des Verkäufers, in dem „*vendere*“, in der Äußerung des Willens der bestimmten Person das „*habere licere*“ zu gestatten.

Die Tatsache des *vendere* kann als *causa possessionis* dienen. Mit dieser Tatsache kann der Besitz *in abstracto* begründet werden, *in concreto*, wenn der Wille des Verkäufers nur der Person des Käufers den Besitzerwerb einräumt.

Der gute Glaube umfaßt die *causa possessionis* nicht. Der Besitztitel *pro emptore*, als Wille, Käufer der Sache zu werden, wird schon durch die Tatsache des Kaufabschlusses geäußert und dadurch am besten bewiesen. Als Ausdruck des guten Glaubens umfaßt er dazu noch den Glauben an einen auf Seite des Verkäufers liegenden Umstand.

Julian sagt entweder: *qui bona fide alienum fundum emit* (L. 7 § 4, D. 41, 4) oder: *qui fundum pro emptore possidebat*, wenn er einen gutgläubigen Besitz auf Grund der *emptio* bezeichnen will.

Der Besitz *pro emptore* führt zur Ersitzung *pro emptore*. Der Besitz *ex causa emptionis* an sich ist noch nicht im Stande, den Ersitzungserfolg herbeizuführen.

Die Ersitzung *pro emptore* ist eine Possessionsersitzung des gutgläubigen Besitzers.

Dazu ist erforderlich: 1. Der Besitz *pro emptore* als Ausdruck des Willens, Käufer der Sache zu werden; 2. die *bona fides*. Beides wird bei Julian durch den Besitztitel *pro emptore* ausgedrückt, somit zur Ersitzung *pro emptore* der Besitz *pro emptore* für ausreichend gehalten.

Eine *causa possessionis* ist demnach nicht notwendig, da der Wille, Käufer der Sache zu werden, sowohl im Falle eines wirklichen Kaufvertrages als auch im irrtümlichen Glauben, *rem emptam sibi esse* möglich ist (L. 27, D. 41, 3). Damit ist Julian der von Neratius geschilderten Ersitzung treu geblieben.

So wie zur Ersitzung *pro herede* des Eigentumsrechtes der klassischen Zeit nur der Besitz *pro herede* als Ausdruck des Willens Erbe zu werden und des guten Glaubens, zur Ersitzung *pro suo* der Besitz *pro suo* als Ausdruck des Willens, Eigentümer zu werden und des guten Glaubens und keine *causa possessionis*, kein Titel im Sinne der herrschenden Lehre erforderlich war, so wird von Julian zur Ersitzung *pro emptore* nur der Besitz *pro emptore* als Ausdruck des Willens, Käufer der Sache zu werden und des guten Glaubens erfordert.

L. 11, D. 41, 4, Africanus[1]): *quod volgo traditum est eum, qui existimat se quid emisse nec emerit, non posse pro emptore usucapere, hactenus verum esse ait, si nullam iustam causam eius erroris emptor habeat: nam si forte servus vel procurator, cui emendam rem mandasset, persuaserit ei se emisse atque ita tradiderit, magis esse, ut usucapio sequatur.* (Vgl. L. 28, D. 9, 4; L. 44 § 2, D. 41, 3; L. 7 § 4, D. 41, 4; fr. Vat. III.)

Afrikan, ein Schüler Julians, überliefert uns hier die Ansicht Julians über den Besitz *pro emptore* und die Ersitzung *pro emptore.*

Jemand hat seinem Sklaven oder Prokurator aufgetragen, eine Sache für ihn zu kaufen. Der Sklave oder Prokurator *persuaserit ei,* hat beim Auftraggeber die feste Überzeugung hervorgerufen, daß er die Sache für ihn wirklich kaufte, und der Auftraggeber übernimmt in dieser Überzeugung die Sache in seinen Besitz, *cum affectione emptoris.* Er beginnt die Sache *pro emptore* zu

---

[1]) Dabelow, I., S. 349 f. Savigny, III., S. 374. Stintzing, S. 90. Bruns, S. 287, 289. Unterholzner-Schirmer, § 103, S. 352. Fitting, 51, S. 4, 9, 12, 13 Anm. 16; 52, S. 410. Mayer, S. 84, 202 f. David, S. 37. Bernhöft, Tit., S. 24, 32, Bt., S. 20. Vangerow, § 319, 320 Anm. 2, 1. Bechmann, S. 300, Anm. 48, S. 301. Klein, S. 286, 288 Anm. 16, S. 311. Pernice, S. 396 f., 502 f. Windscheid-Kipp, I., S. 815. Dernburg, I., S. 513: „Die vermittelnde Auffassung Julians ist als die maßgebende anzusehen."

besitzen. Der Auftrag, die *persuasio,* sind für Julian (Afrikan) eine *iusta causa erroris.*

Zur Zeit Julians war es *(volgo traditum)* von altersher überlieferte Regel, daß nur derjenige *pro emptore* besitzen und ersitzen kann, welcher wirklich (entweder selbst oder durch Vermittlung anderer) kaufte. (Javolenus) Priscus in L. 2 § 6, D. 41, 4: „*Priscus ait usu me eum non capturum, quia id, quod emptum non sit, pro emptore usucapi non potest.*"

Julian will diese Regel nicht anerkennen, er führt in L. 11 eine Ausnahme an, wo diese Regel angeblich keine Anwendung findet.

Wir haben schon oben bemerkt, daß die Ansicht Julians in dieser L. 11, D. 41, 4 von demselben Standpunkte aus betrachtet werden soll, wie das aus der Ersitzung *pro suo* von Julian in die Ersitzung *pro herede* übertragene Erfordernis einer *iusta causa existimandi.* Julian wollte hier die von Neratius geschilderte Usukapion auch für den Besitz *pro emptore* einheitlich in Anwendung bringen. In der Ersitzung *pro herede* und *pro suo* war die *bona fides* identisch mit dem Glauben an die Existenz einer *causa possessionis.* War die *causa possessionis* vorhanden, so war auch der Besitz (des Erben, des Eigentümers) immer gutgläubig. Fehlte die *causa possessionis,* so war erst dann die Ersitzung und nur in der obigen *bona fides* möglich.

Julian faßt auch in der Ersitzung *pro emptore* den Glauben an die Existenz der *causa possessionis pro emptore* als identisch mit dem zur Ersitzung erforderlichen guten Glauben auf.

In der L. 11, D. 41, 4 fehlt die Andeutung, in welchem Sinne der Besitzer gutgläubig ist, ob schon dadurch, daß ihn der Sklave oder Prokurator vom Abschlusse eines wirklichen Kaufvertrages für ihn überzeugte, oder ob hier noch die Meinung des Besitzers, daß der vermeintliche Kaufvertrag mit dem Eigentümer verabredet wurde, hinzugedacht werden muß. Es fehlt hier das *a domino* der L. 33 § 1, D. 41, 3.

Entweder hat uns Afrikan die Ansicht Julians nicht treu überliefert; oder es schien Julian überflüssig, so etwas zur Zulassung der Ersitzung an und für sich Notwendiges zu wiederholen; oder aber waren wirklich für ihn die *causa possessionis pro herede* und die *causa possessionis pro emptore* gleichartige Erscheinungen; und demnach sollte, so wie der Glaube an die Existenz

der *causa possessionis pro herede* mit der *bona fides* identisch war, auch der Glaube an die Existenz der *causa possessionis pro emptore* als mit der *bona fides* identisch angesehen werden.

Wir haben oben nachgewiesen, daß die *emptio* als *causa possessionis pro emptore* selbst bei Julian noch nicht die Frage entscheidet, ob der Besitzer *non bona* oder *bona fide possidet,* daß dabei noch eine *scientia* oder *existimatio* über das Eigentumsrecht des Verkäufers vorkommen muß und von Julian ausdrücklich angeführt wird.[1]) Somit erscheint die L. 11, D. 41, 4 als Beispiel der *usucapio pro emptore* auf Grund der vermeintlichen *causa possessionis pro emptore,* ohne Andeutung des Glaubens des Besitzers, entweder als unvollkommen oder der L. 33 § 1, D. 41, 3. widersprechend.

Vielleicht läßt sich diese L. 11 mit der L. 33 § 1 versöhnen? Dies geschieht, wenn wir in der L. 11 anstatt des Wortes *usucapere* das Wort *„possidere"* einstellen. Dann erscheint diese Lex als natürliche Ergänzung der L. 33 § 1 D. 41, 3.

Die L. 33 § 1, D. 41, 3 würde dann ungefähr lauten: 1. *si quis .... pro possessore*: 2. *sed si .... mutasse.* 3. *idemque iuris .... dominum esse.* 4. *idem hic si modo emptum a domino sibi ex iusta causa existimaverit.* 5. *idem hic .... pro herede possidere.* 6. *hoc amplius .... videbitur.*

Der Satz ad 4 ist von der L. 11 herübergenommen und steht in engster Verbindung mit der Besitztiteltheorie Julians, die er in der L. 33 § 1, D. 41, 3 ausführlich darstellt. Der Besitz *pro emptore* ist möglich, wenn der Besitzer den Kaufabschluß *cum domino* irrtümlich *ex iusta causa* gemacht glaubte und die Sache *cum affectione emptoris* in Besitz nahm.

Afrikan überliefert uns diesen Satz ad 4 in der L. 11, aber ohne das wichtige *„a domino"*, wodurch die Unvollkommenheit entstand. Am besten erklärt sich diese Stelle als Beispiel des Besitzes *pro emptore,* als Ausdruck bloß des Willens, *emptor* der Sache zu werden, der *affectio emptoris* und nicht auch des **gutgläubigen** Besitzes *pro emptore.*

Daß Julian eine Ersitzung auf Grund des vermeintlichen Kaufes zuließ, das bestätigt uns zwar sein Schüler Afrikan, aber

[1]) Mayer, S. 161.

diese Bestätigung scheint in der L. 11 unvollkommen den Standpunkt Julians wiederzugeben. Wahrscheinlich hat Julian die Ersitzung *pro emptore* auf Grund des Besitzes *pro emptore ex putativa emptione* zugelassen, wenn nur der Besitzer *ex iusta causa existimavit rem sibi a domino emptam esse.*

Julian fordert demnach zur Ersitzung *pro emptore* nur den Besitz *pro emptore.*

Der Besitz *pro emptore* ist nach ihm 1. von dem Willen, Käufer der Sache zu werden, und 2. von dem Glauben an das Eigentumsrecht des Verkäufers abhängig.

Der Wille ad 1. ist möglich: *a)* Im Falle eines wirklichen Kaufes; *b)* im Glauben an den Abschluß des Kaufvertrages.

In *a)* wird 1. sofort verraten, am deutlichsten aber durch die Tatsache des Kaufabschlusses erwiesen; in *b)* nur dann, wenn der Besitzer eine *iusta causa* des Glaubens nennt und beweist.

Erst wenn der Wille ad 1. angenommen wird, kann der Glaube ad 2. untersucht werden, wozu kein besonderer Beweis von dem Besitzer erfordert wird.

Erst wenn der Wille ad 1. und der Glaube ad 2. eintreten, heißt der Besitz *pro emptore* und führt zur Ersitzung *pro emptore.*

Emptio ist hier die *causa possessionis pro emptore;* somit erscheint der Glaube *b)* als Glaube an die Existenz der *causa possessionis pro emptore* gegeben und nur die Rechtfertigung dieses Glaubens muß vom Besitzer erbracht werden. Der Besitzer ist nicht verpflichtet, seinen guten Glauben, *bona fides* (2.) zu beweisen, sondern braucht nur seinen Willen (1.) wegen Mangels der *causa possessionis* zu rechtfertigen.

Der Vergleich mit der *possessio* und *usucapio pro herede* und *pro suo* zeigt uns, daß der Inhalt des guten Glaubens und die *causa possessionis* beim Besitz und Ersitzung *pro emptore* sich anders darstellen. Es wird ein Unterschied zwischen dem Glauben an die Existenz der *causa possessionis* und der *bona fides* des Besitzers gemacht. Die Rechtfertigung bezieht sich nicht auf die *bona fides,* sondern auf den Glauben an die Existenz der *causa possessionis.*[1]) Der Glaube an die Existenz der *causa possessionis* ist noch nicht guter Glaube, reicht zur Ersitzung nicht aus.

[1]) Kori, S. 115.

Die *causa possessionis* ist vorhanden und überdies die Ersitzung noch notwendig, was früher überflüssig erschien; sie ist aber nur dann möglich, wenn außer der *causa possessionis* noch der gute Glaube an einen von der *causa possessionis* abgesonderten Umstand vorhanden ist. *Qui putat se heredem esse* (bei Gaius, Ulpian) und *qui iustam causam habet existimandi se heredem domino exstitisse, se heredem domini esse* (Julian) sind sprachlich zwar sehr ähnlich dem *qui iustam habet causam existimandi rem sibi a domino emptam esse* (Julian), aber innerlich und materiell verschieden.

In der L. 11, D. 41, 4 zeigt sich ein Streben, innerlich verschiedene Erscheinungen in dieselbe Ersitzung, die uns Neratius überlieferte, einzuschalten. Der Unterschied liegt in den *causae possessionis.* Der Wille Erbe zu werden, Eigentümer zu werden, kann auf Seite des Besitzers geäußert werden, und dazu ist die Mitwirkung einer anderen Person nicht notwendig. Man kann den Willen Erbe zu werden, regelmäßig und rechtmäßig erst nach dem Tode derjenigen Person, deren Erbe man werden will, äußern.

Der Wille *emptor* zu werden, die *affectio emptoris* erscheint unnatürlich ohne Mitwirkung des *venditor,* ohne das *vendere* einer anderen Person. L. 1 pr., D. 19, 4: *„aliud est vendere, aliud emere“*, aber ohne das *„vendere“* ist kein *„emere“* denkbar. Der Wille *emptor* zu werden verlangt die Existenz einer Person, welcher gegenüber dieser Wille geäußert werden muß, und die Äußerung dieser Person, daß sie *vendere* will.

L. 55, D. 44, 7, Javolenus: *In omnibus rebus, quae dominium transferunt, concurrat oportet affectus ex utraque parte contrahentium: nam sive ea venditio sive donatio sive conductio sive quaelibet alia causa contrahendi fuit, nisi animus utriusque consentit, perduci ad effectum id quod inchoatur non potest.* (Vgl. L. 9 § 3, 4, L. 36, D. 41, 1; § 40, I. II., 1.[1])

---

[1]) Stintzing, S. 103: „... der Wille der Parteien allerdings das wesentliche ist, dieser jedoch irgendwie zur Erscheinung gekommen sein muß.“ Scheurl, S. 212. Schirmer, S. 41: „Der persönliche Wille des Usukapienten ist es also, der ihm das Eigentum verschafft. Natürlich aber nur der in die Außenwelt getretene und im Besitze zur Erscheinung kommende.“ S. 42: „Wie der Schutz für den Willen zu besitzen auf der Anerkennung der recht-

Emptio ohne *venditio* ist nicht denkbar, *emere* verlangt das *vendere* seitens einer anderen Person, *pro emptore* besitzen heißt einer Person gegenüber *affectionem emptoris* äußern. Die *causa possessionis* liegt im Kaufe auf Seite des Verkäufers, in der von ihm geäußerten Einwilligung zum Besitzerwerbe.

Die Ansicht Julians, daß man *pro emptore* besitzen kann, obwohl niemand die Sache verkaufte, erscheint demnach etwas unnatürlich und künstlich. Schon aus diesem Grunde ist die von altersher überlieferte Regel, daß niemand *pro emptore* besitzen und ersitzen kann, der nicht gekauft hat, vorzuziehen. Diese Regel verdient den Vorzug auch von einem anderem Gesichtspunkte aus.

Im Eigentumsprozesse kann der Besitzer einer Sache entweder als Kläger oder als Beklagter auftreten. Der Beklagte, *interrogatus cur possideat,* antwortet: ich habe die Sache vom Eigentümer gekauft und dadurch Eigentum an der Sache erworben. Zum Beweise seiner Einrede aufgefordert, ist er verpflichtet, erstens den Verkäufer zu nennen, dann die Tatsache des Kaufabschlusses mit ihm und das Eigentumsrecht des Verkäufers zu beweisen.[1])

A. Ist ihm der Beweis des Kaufabschlusses gelungen, der Beweis des Eigentumsrechtes des Verkäufers aber mißlungen, so wird ihm das Eigentumsrecht an der Sache nicht zuerkannt.

Nun kann der Beklagte einwenden, daß er auf Grund des Kaufvertrages zwar das Eigentumsrecht nicht erwarb, da der Verkäufer als *non dominus,* wie es sich jetzt gezeigt hat, ihm die Sache verkaufte, daß er aber auf Grund der Einwilligung des Verkäufers die Sache in Besitz nahm und dabei glaubte, der Verkäufer sei Eigentümer der verkauften Sache gewesen.

---

lichen Persönlichkeit beruht, welche diesen Willen entwickelt, so ist auch der Schlüssel zur Erklärung der Usukapion in dem Rechte der Persönlichkeit zu suchen.“ Klein, S. 44: „... daß nur der Konsens zweier Parteien, nur das zweiseitige Erwerbsgeschäft . . . als *causa possessionis* galt.“ S. 45: „Die *causa* war es, die das Normalbesitzverhältnis individualisierte.“ Pernice, S. 411: „In der Übereinkunft ist der Wille des Verkäufers, dem Käufer die Sache gegen Entgelt zu überlassen, deutlich zu Tage getreten.“

[1]) Thibaut, S. 56: „Der Besitzer . . . braucht daher den Rechtsgrund seines Besitzes in der Regel gar nicht anzugeben.“ Anm. 5. Fitting, 52, S. 397 f.

M. a. W. er beruft sich auf die Ersitzung der Sache auf Grund der *possessio pro emptore.*

Den Glauben an das Eigentumsrecht des Verkäufers ist er nicht verpflichtet zu beweisen. Die Entkräftung dieser Behauptung des Beklagten liegt dem Kläger ob.

B. Wenn jedoch dem Beklagten der Beweis gänzlich mißlungen ist, er also die Tatsache des Kaufvertrages, somit auch die Person und das Eigentumsrecht des Verkäufers nicht glaubhaft darzutun vermochte, so wird er nach Julian noch die Einrede der Ersitzung gebrauchen können und dazu bloß eine *iusta causa existimandi rem a domino sibi emptam esse* beweisen müssen.

Zweifellos ist die Beweispflicht des Beklagten und die Prüfung der Beweise seitens des Richters schwieriger im Falle *B.* als im Falle *A.*

Am kürzesten antwortet der Beklagte auf die Frage *cur possideat,* wenn er den Besitztitel nennt, also mit dem *possideo pro emptore.* Der Besitztitel dient demnach zum Ausdruck des Willens des Besitzers, mit dem er die Sache in Besitz nahm, des guten Glaubens und der Grundlage des Erwerbes.[1]) Seine Behauptung muß er beweisen. Sie ist identisch mit der Behauptung: ich habe die Sache vom Eigentümer gekauft, ich habe *ex causa emptionis a domino* den Besitz der Sache erworben.

Die Ansicht, die zum Besitz *pro emptore* eine wirkliche *emptio* verlangt, erspart sowohl dem Besitzer als auch dem Richter die schwierige Prüfung dieser *iusta causa existimandi,* da der Beweis der Tatsache des Kaufabschlusses von jedem, ob mehr oder weniger Gebildeten, leicht geliefert werden kann und der Kausalzusammenhang zwischen der angeführten *causa existimandi* und der *existimatio* selbst eine viel sorgfältigere und mehr die Individualität der Person des Irrenden berücksichtigende Untersuchung vom Richter verlangt.

Die strengere Ansicht, die zur *possessio pro emptore* einen wirklichen und nicht nur putativen Kaufvertrag verlangt, er-

[1]) Fitting, 52, S. 397: „... So wird auf die Frage, wie er etwas erworben, niemand durch Angabe des spezifisch juristischen Charakters seines Erwerbsgeschäftes antworten, sondern ein jeder nur durch die Angabe des wirtschaftlichen Charakters dieses Geschäftes. Zum Beispiel nicht . . . weil sie ihm mit dem Willen der Eigentumsübertragung übergeben worden, sondern . . . weil er sie gekauft, oder eingetauscht . . . erhalten."

scheint angesichts der obigen Unnatürlichkeit und der Schwierigkeit der Prüfung der *existimatio* des Besitzers viel richtiger als die Ansicht Julians.

Derjenige, der *pro herede* oder *pro suo* besitzt, drückt dadurch aus, daß er auf Grund des einseitigen Willens, Erbe oder Eigentümer der Sache zu werden, die Sache in Besitz nahm, derjenige aber, der *pro emptore* besitzt, zeigt dadurch, daß er die Sache mit einem solchen Willen erwarb, der nur unter Mitwirkung einer anderen Person entstehen kann. [Vgl. L. 4, C. 7, 26 über *consensus venditoris.*][1])

Selbst die Genesis des Besitztitels *pro emptore* führt uns konsequent zur Beachtung des Willens der anderen Person, nicht nur des Besitzers allein, und demnach auch zum Resultate, daß *pro emptore* nur dann die Sache besessen werden kann, wenn jemand wirklich die Sache verkaufte, weiters, daß der Besitzer, wenn er den Willen einer anderen Person in seinem Besitztitel andeutete, diesen Willen, also die Existenz der *causa possessionis pro emptore* beweisen muß.

Dadurch erklärt sich auch der Umstand, warum der gute Glaube beim Besitze *pro emptore* eine Eigenschaft des Verkäufers und nicht des Besitzers beinhaltet. Er ist eine Konsequenz des Besitztitels *pro emptore.*[2]) So wie der Wille, *pro emptore*

---

[1]) Mayer, S. 130: „... denn die Einseitigkeit des Erwerbsaktes ist das Charakteristische des Titels.“ Vgl. S. 158, 166: *emere* = das ganze Geschäft.“ Klein, S. 42: „... ist jedenfalls ein Merkmal der *causa possessionis* ... nämlich das Moment der Zweiseitigkeit des Erwerbsgrundes.“ Vgl. S. 472 f., S. 474: „Die Einwilligung des Vormannes zur Besitzerlangung ist dann notwendig, wenn nach dem Rechte der kausalen Possessionsersitzung mittels *possidere* usukapiert werden soll . . .; Besitz entsteht überall ohne die Zustimmung des Vorbesitzers; die Einwilligung des Vormannes ist keine Besitzerwerbsbedingung, sondern insofern von ihr nur gewisse Rechtsfolgen des Besitzes (Eigentumserwerb durch Ersitzung, Tradition) abhängen, Rechtserwerbsbedingung, Vorraussetzung nicht des gemeinen, gewöhnlichen, sondern eines Besitzes von ausnahmsweise gesteigerter juristischer Potenz.“ S. 477: „. . . es für die kausale Ersitzung jedoch nur darauf ankam, daß die Sache mit Zustimmung des Vormannes, von dem man sie rechtsgeschäftlich erworben, in Besitz genommen worden.“

[2]) Mayer, S. 84: „Wir haben deshalb auch bezüglich der Usukapion vom *titulus* als der Hauptsache auszugehen, welche selbst erst wieder die *bona fides* notwendig macht.“

zu besitzen, von dem Willen einer anderen Person abhängt, so wurde auch die *bona fides* auf eine auf Seite dieser Person liegende Tatsache bezogen.

Noch eine Inkonsequenz wäre in der Ansicht Julians hervorzuheben. Der gute Glaube beim Besitz *pro emptore* umfaßt nicht die *causa possessionis*, sondern das Eigentumsrecht des Verkäufers. Die *causa possessionis* ist vorhanden, ob der Verkäufer Eigentümer der Sache ist oder nicht. Der Besitzwille *pro emptore* ist vorhanden und erscheint ganz natürlich, ob nun der Besitzer *mala* oder *bona fide* besitzt. Warum soll man diesen mit dem guten Glauben des Besitzers in keinem Zusammenhange stehenden Willen der Person des Erwerbers mit diesem guten Glauben in engste Verbindung setzen und den Besitztitel *pro emptore* nur einem *bonae fidei possessor* erteilen? Es ist viel richtiger, die *bona fides* von dem Besitztitel abgesondert zu betrachten, so wie es schon Gaius in II., § 52 mit dem Besitztitel *pro herede* getan hat.

Aus allen diesen Gründen erachten wir die Ansicht Julians über den Besitz und die Ersitzung *pro emptore* und sein Streben, die Ersitzung *pro emptore* der von Neratius dargestellten Ersitzung (L. 5, D. 41, 10) zu unterstellen, für unrichtig.

Daß sie auch in den Quellen als unrichtig anerkannt ist, bestätigt das *volgo traditum* der L. 11, D. 41, 4 und die ausführliche Darstellung der *possessio* und *usucapio pro emptore* von Paulus.[1]) L. 2 pr., D. 41, 4: *Pro emptore possidet, qui re vera emit, nec sufficit tantum in ea opinione esse eum, ut putet se pro emptore possidere, sed debet etiam subesse causa emptionis.*[2])

---

[1]) Stintzing, § 4 f. Fitting, 51, S. 6: „. . . die Meinungsverschiedenheiten . . . welche unbestritten und unbestreitbar unter den klassischen römischen Juristen über die Notwendigkeit eines Titels für die *usucapio* bestanden . . .“; 52, S. 414 Anm. 206: „. . . möglich und . . . nicht unwahrscheinlich, daß anfangs die *usucapio* in einem weiteren Umfang und ohne Rücksicht auf eine *iusta causa* gestattet wurde.“ Vgl. S. 417 f. Goldschmidt, Zeitschr. f. HR. VIII, S. 239 Anm. 28. Klein, S. 298: „Paulus' Auffassung ist: Keine Ersitzung ohne alle *causa*, wohl aber des guten Glaubens willen Ersitzung ohne rechtsbeständige *causa*.“

[2]) Thibaut, S. 82, 96. Dabelow, S. 335. Kori, S. 111. Roßhirt, S. 11. Stintzing, S. 62, 97. Fitting, 51, S. 13. David, S. 8 f. Mayer, S. 207. Ubbelohde, S. 9, 16. Bernhöft, Tit., S. 5 Anm. 16, S. 32,

Paulus beschäftigt sich in diesem Fragmente nur mit der Frage des Besitztitels; die Ersitzung ist noch nicht berührt; der beste Beweis dafür, daß der Besitztitel ihm so wichtig war, daß man der römischen Jurisprudenz nicht vorwerfen dürfe, sie habe den Besitz willkürlich mit dem Titel bezeichnet; umgekehrt hat sich der Besitztitel als Quelle der bisherigen Ergebnisse bewährt, die Genesis des Besitztitels *pro emptore* hat uns zum Erfordernisse der wirklichen *emptio* geführt. Daß auch den Kompilatoren die Theorie des Besitztitels wichtig erschien, beweist am besten der Umstand, daß sie diesen Ausspruch von Paulus an die Spitze des Titels IV., D. 41 gestellt haben.

Paulus, L. 2 § 1, D. 41, 4: *Separata est causa possessionis et usucapionis: nam vere dicitur quis emisse, sed mala fide: quemadmodum qui sciens alienam rem emit, pro emptore possidet, licet usu non capiat.*[1])

Die Frage des Besitztitels ist von der Frage der Ersitzung abzusondern; der gute Glaube, *bona fides*, ist von dem Besitztitel abgesondert zu betrachten. Der Besitztitel *pro emptore* ist vom guten Glauben unabhängig, durch ihn wird keineswegs auch der gute Glaube bezeichnet.

Somit scheint Paulus ein Gegner von Gaius, Julian, Ulpian zu sein, die durch den Besitztitel auch den guten Glauben des Besitzers hervorgehoben wissen wollen und bei Mangel der *bona fides* den Besitztitel verneinen, den Besitz aber mit dem allgemeinen *pro possessore* benennen. Paulus fordert zur Ersitzung *pro emptore* die *bona fides* mit demselben Inhalte wie Julian, das heißt, den Glauben an das Eigentumsrecht des Verkäufers, er läßt aber die Ersitzung *pro emptore* nur auf Grund des Besitzes *pro emptore* zu. Das zieht sehr wichtige Folgen für die Ersitzungslehre nach sich.

Hier liegt die Quelle des Ersitzungstitels, so wie er von der herrschenden Lehre verstanden und dargestellt wird. Nach

---

Anm. 88; Bt., S. 3 Anm. 12. Klein, S. 298. Pernice, S. 401 Anm. 3, S. 408 Anm. 3, S. 468 Anm. 3. Windscheid-Kipp, § 177, S. 812 Anm. 1. Dernburg, I., S. 514 Anm. 33.

[1]) Stintzing, S. 61. Bruns, S. 286. Unterholzner-Schirmer, § 101 S. 343, Anm. *, Anm. 356. Fitting, 51, S. 10 Anm. 14, 15. Źródłowki, S. 39. Bechmann, S. 300 Anm. 48. Klein, S. 47 Anm. 111, S. 437, 438.

Paulus ist zur Ersitzung *pro emptore* auf Grund seiner *separatio* erforderlich:

1. der Besitz *pro emptore* als Ausdruck der *affectio emptoris*. Zur Annahme dieser *affectio*, somit zum Besitz *pro emptore* ist notwendig die Existenz der *causa emptionis (debet etiam subesse causa emptionis)*;

2. die *bona fides* als Glaube an das Eigentum des Verkäufers.

Dadurch entstand ein neues, früher nicht notwendiges Ersitzungserfordernis, nämlich die Existenz der *causa emptionis*, die durch eine *opinio, existimatio* des Besitzers nicht ersetzt werden kann *(nec sufficit* usw.).

Der Besitztitel dient als kürzeste Antwort auf die Frage *cur possideat*. Wenn der Besitzer behauptet: ich habe auf Grund des Kaufes die Sache zu Eigentum erworben (L 3 § 21, D. 41, 2), so sagt er dadurch *implicite*, daß er erstens einen Kaufvertrag mit einer Person abschloß; zweitens, daß diese Person Eigentümer der Sache war. Beide Tatsachen sind Gegenstand des Beweises. Der Beweis der ersten ermöglicht erst die Prüfung der zweiten.

Hat der Besitzer die erste Tatsache dargetan[1]), so ist seine *affectio emptoris*, die Sache *tamquam emptor* zu besitzen, außer Zweifel gestellt, er besitzt die Sache *pro emptore*. Konnte er jedoch die erste Tatsache nicht beweisen, so muß seine Behauptung, er habe geglaubt, *rem sibi emptam esse*, unberücksichtigt, ohne Prüfung der Probabilität des Irrtums, bleiben. Die Prüfung des zweiten Umstandes fällt somit weg, da eine Untersuchung des Eigentumsrechtes eines nichtexistenten Verkäufers unmöglich ist; infolgedessen wird dem Besitzer der Besitztitel *pro emptore* abgesprochen. Erst nach dem Beweise der ersten Tatsache, nach der Feststellung des Besitztitels *pro emptore*, wird der zweite Umstand geprüft. War der Verkäufer wirklich Eigentümer der Sache, so wird dem Käufer das Eigentumsrecht an der Sache zuerkannt. Seine Behauptung hat sich als vollkommen der Wahrheit entsprechend erwiesen. War der Verkäufer nicht Eigentümer der Sache, so wird die Behauptung des Käufers, daß der Verkäufer Eigentümer der

---

[1]) Dabelow, I., 173: „Diesen (Titel) mußte jeder, der auf Präskription Anspruch machen wollte, beweisen.“

Sache war, als *putare, existimare* darüber anerkannt, wenn dem Gegner die Entkräftung dieser *existimatio* durch den Beweis der den Besitzerwerb des Käufers begleitenden Umstände mißlingen wird[1]); eine einfache und doch in jeder Einzelheit konsequent dargestellte Ansicht.

Der Vergleich des Eigentumserwerbes auf Grund der *(ex) causa emptionis* mit der Ersitzungsbefugnis auf Grund der *causa emptionis* erklärt die Ansicht von Paulus. Der Eigentumserwerb auf Grund des Kaufes wird sofort verneint, wenn die Tatsache des Kaufabschlusses nicht bewiesen wird; erst wenn jemand wirklich kaufte, kann von seinem Eigentumserwerbe auf Grund des Kaufes die Rede sein.

Ebenso steht die Sache mit der Ersitzungsbefugnis auf Grund des Besitzes *pro emptore.* Zuerst muß der Besitz *pro emptore* dargetan werden, dann kann von einer Ersitzung *pro emptore* die Rede sein.[2]) Wird beim behaupteten Eigentumserwerbe *ex causa emptionis* die Tatsache des Kaufvertrages nicht erwiesen, so wird sofort der Eigentumserwerb *ex causa emptionis* aberkannt.

Dementsprechend erscheint es sehr konsequent, daß auch die Ersitzungsbefugnis *pro emptore* verneint wird, wenn der Besitz *pro emptore* nicht dargetan wird. So wie beim Eigentumserwerbe auf Grund des Kaufes: 1. der Kaufabschluß und 2. das Eigentumsrecht des Verkäufers, so sind auch bei der Ersitzung *pro emptore* 1. der Besitz *pro emptore* und 2. die *bona fides* zu sondern. Der Eigentumserwerb als Erfolg des Kaufabschlusses hängt von dem Eigentumsrechte des Verkäufers ab. Konsequenterweise ist auch der Ersitzungserfolg auf Grund des Besitzes *pro emptore* von der *bona fides* des Käufers abhängig.

So wie ohne einen Kaufvertrag vorauszusetzen von einem Eigentumsrechte des nichtexistenten Verkäufers nicht die Rede sein kann, so ist auch ohne Besitz *pro emptore* die *bona fides* über

---

[1]) Dabelow, I., S. 394, II., § 57, S. 298.

[2]) David, S. 36: „. . . der unmittelbare Erwerbsakt . . . mußte . . . den ersten Gegenstand des Beweises bilden, solange dieser nicht erwiesen war, hatte es gar keinen Sinn, zum Beweise der Voraussetzungen desselben zu schreiten."

das Eigentumsrecht des nichtexistenten Verkäufers unmöglich. Zum Eigentumserwerbe und zur Ersitzung *pro emptore* ist zuerst die Tatsache des Kaufabschlusses notwendig; erst dann kann der Eigentumserwerb oder die Ersitzungsbefugnis platzgreifen. Es entsteht also auf Grund des Kaufes: der Eigentumserwerb, wenn der Verkäufer Eigentümer war; die Ersitzungsbefugnis, wenn der Verkäufer nicht Eigentümer war, der Käufer ihn aber für den Eigentümer hielt. Zum Eigentumserwerbe mangelte das Eigentumsrecht des Verkäufers, deswegen konnte der Käufer nicht sofort das Eigentum erwerben. Er erwirbt das Eigentum erst infolge der Ersitzung, da er den mangelnden Umstand irrtümlich annahm. *Emptio* führt entweder sofort zum Eigentumserwerbe oder erst nach Ablauf der Ersitzungszeit, je nachdem der Verkäufer wirklich oder nur in der Meinung des Käufers Eigentümer der Sache war. *Emptio* ist *„causa adquirendi dominii“* (L. 3 § 21, D. 41, 2) und *„causa, quam usucapio sequi solet“* (L. 33 pr., D. 41, 3). *Pro emptore* besitzen kann nur ein *emptor*, *pro emptore* ersitzen kann nur ein *bonae fidei possessor pro emptore*. *Emptio*, als *causa possessionis* betrachtet, hat mit dem Eigentumserwerbe des Käufers unmittelbar nichts gemeinsam. Sie dient als *causa possessionis* nur zur Begründung des Besitzerwerbes des Käufers und steht auch mit dem Eigentumsrechte des Verkäufers in keinem kausalen Zusammenhange.[1])

Von dem Eigentumsrechte des Verkäufers und des Käufers abstrahiert, bleibt als Inhalt der *emptio*, als *causa possessionis*, die in dem *vendere (habere licere)* geäußerte Einwilligung zum *emere* des Käufers, zum Besitzerwerbe *cum affectione emptoris* übrig. Zur Annahme einer *causa possessionis pro emptore* ist es demnach ausreichend, wenn tatsächlich eine Person der anderen den Besitzerwerb *cum affectione emptoris* bewilligt. Der vollzogene Besitzerwerb der Sache ist die Realisierung der *affectio emptoris*, somit des *vendere*.

---

[1]) Ubbelohde, S. 6: „Für die Rechtsgültigkeit des Veräußerungsgeschäftes aber, welches das Motiv für die Eigentumsübertragung bildet, kommt die *mala fides* des Erwerbers so wenig in Betracht, als die Tatsache selbst, daß das Objekt des Geschäftes eine fremde Sache ist, über welche dem Veräußernden rechtlich keine Disposition zusteht.“

Tatsachen sind nur dann Tatsachen im rechtlichen Sinne, wenn sie den Rechtsanforderungen entsprechen. Etwas, das wirklich geschah, wird nicht berücksichtigt und vom Rechte als nicht geschehen betrachtet, wenn es solche Fehler und Mängel aufweist, die die Annahme dieser Tatsache ausschließen. Zur *causa possessionis pro emptore* genügt es, wenn wirklich im Sinne des Rechtes, also rechtlich, die Einwilligung zum Besitzerwerbe *pro emptore* geäußert wurde.

Die rechtlich existente Einwilligung zum Besitzerwerbe *pro emptore* bildet die *causa possessionis pro emptore.* Paulus verlangt demnach zur Ersitzung *pro emptore:* 1. die *causa possessionis pro emptore* = die rechtlich existente Einwilligung zum Besitzerwerbe *pro emptore;* 2. die *possessio pro emptore* = den Besitz *cum affectione emptoris;* 3. die *bona fides* = den Glauben an das mangelnde Eigentumsrecht des Einwilligenden. Ohne 1. kann 2. und 3. nicht angenommen werden. Auf Grund von 1. kann 2. begonnen werden. Auf Grund von 1. und 2. kann (aber muß nicht) 3. platzgreifen. Erst wenn 1., 2. und 3. zusammenfallen, ist die Ersitzungsbefugnis gerechtfertigt.

Der Besitzer ist verpflichtet nur die 1. Bedingung zu beweisen[1]; auf Grund dessen wird seine *affectio emptoris* sofort außer Zweifel gestellt. Auf Grund von 1. und 2. wird 3. vermutet, solange diese Vermutung durch Gegenbeweise nicht entkräftet wird.[2] (Vgl. L. 45, D. 5, 3.) *Emptio* als *causa possessionis* ist unmittelbares Erfordernis des Besitzes *pro emptore,* erst dadurch mittelbares der Ersitzung *pro emptore.* Der Besitztitel ist durch die Existenz der *causa* bedingt, er drückt die *affectio* aus, mit der der Besitzer die Sache in Besitz nahm und

---

[1]) Dabelow, I., S. 394: „. . . *possessio* und *iustus titulus* . . . gründlich erwiesen werden müssen.“ Stintzing, S. 45: „Im neueren Rechte dagegen hat der Usukapient seinen *titulus* zu beweisen.“ Vgl. S. 108. Unterholzner-Schirmer, § 104, S. 354, § 139, S. 495 f. David, S. 36. Arndts, § 159, 160.

[2]) Dabelow, I., S. 359. Kori, S. 35, 117. Möllenthiel, S. 22 Anm. 70. Roßhirt, S. 12. Savigny, III., S. 371. Stintzing, S. 72. Böcking, § 146 Anm. 13, § 147 Anm. 3. Unterholzner-Schirmer, § 139, S. 495. Fitting, 52, S. 271, 275. David, S. 33. Mayer, S. 142, 161. Źródłowski, S. 11. Arndts, § 160 Anm. 5. Klein, S. 304. Pernice, S. 463, 472, 488, 501. Anders: Bruns, S. 281, 285, 290, 291, 300, Bf., S. 96. Vangerow, § 321 Anm. 31. Bechmann, S. 281. Dernburg, S. 515.

führt unmittelbar zur *causa* zurück. *Emptio* als *causa possessionis* ist demnach die Bedingung des Besitztitels und die Andeutung des Inhalts der *bona fides*. Mit dem heute gangbaren Worte *titulus* gesagt, kann nach Paulus die Ersitzung *pro emptore* nur auf Grund eines *titulus verus* und nicht nur *putativus* stattfinden.[1])

---

[1]) Donnelli, Komm., V. 15. Cuiacius, Komm. *ad tit. d. usurp.* und *ad Afric.*, *tract.*, VII., ad L. 11, D. 41, 4. Thibaut, S. 92: „Der Besitzer muß einen gerechten Titel haben, das heißt, die Sache muß aus einem unbedingten, die Übertragung des zu verjährenden Rechts bezweckenden Rechtsgrunde geschehen sein, und zwar einen solchen, welcher den neuen Besitzer zum wahren Eigentümer würde gemacht haben, wenn der, von dem er die Sache erhielt, wahrer Eigentümer gewesen wäre.“ S. 93: „Die einzelnen Titel sind so mannigfaltig, als überhaupt die Gründe, welche den Übergang des Eigentums bewirken.“ S. 96: „In der Regel gehört freilich zur Verjährung die wirkliche Existenz, nicht der bloße Glaube der Existenz eines Titels. Wenn indes der Glaube auf einem entschuldbaren Irrtume beruht, so wird es angesehen, als ob der Titel wirklich existiere.“ Vgl. S. 77. Dabelow, I., S. 200: „. . . würde bei der *usucapio* ebensogut wie bei der *praescriptio*, *iustus titulus* und *bona fides* notwendig.“ S. 329: „Ein Rechtstitel, der im stande ist, das Eigentum überzutragen, oder, was einerlei ist, ein Recht zum Zivilbesitze zu erteilen. Im allgemeinen ist über den *iustus titulus* zu bemerken, daß darunter hier ein solcher verstanden wird, der fähig sein würde, das Eigentum überzutragen, wenn nicht Umstände vorhanden wären, welche diese Übertragung hinderten, wo auch bei der Übertragung des Eigentums nichts in der von den Gesetzen vorgeschriebenen Form versehen ist.“ Vgl. S. 352; II., S. 392, § 29—31. Kori, S. 108: „Nicht jeder Titel, unter welchem der Besitzer die Sache an sich gebracht hat, berechtigt ihn, sie als Eigentum zu verjähren, sondern es muß: *a*) auf eine Tatsache gegründet sein, welche überhaupt nach den Gesetzen Eigentum gibt (*titulus habilis*), *b*) das Geschäft, worauf der Verjährende seinen Erwerbtitel gründet, muß wirklich existiert haben und nicht etwa bloß zum Scheine eingegangen worden sein (*titulus verus*).“ S. 109: „So muß auch *c*) das Geschäft . . . in der gesetzlichen Form eingegangen sein (*titulus justus*).“ S. 112: „. . . dient der *titulus* nur dazu, um sich überhaupt zur Sache zu legitimieren“. Möllenthiel, S, 25 Anm. 80. Roßhirt, S. 9: „Die *iusta causa* bei der Usukapion ist nämlich die Tradition selbst, und nur um die *causa* schärfer zu bezeichnen, wird sie nach dem die Tradition vorbereitenden Geschäft genannt.“ Vgl. S. 6, 13, 30. Reinhardt, S. 106. Savigny, I., S. 275; III., S. 371: „. . . zur Usukapion taugt der Irrtum nur, wenn er gerechtfertigt ist, und diese Rechtfertigung eben wird durch die Forderung des Titels ausgedrückt.“ S. 372: „Der Titel besteht in einem solchen Anfang des Besitzes, welcher zwar kein Eigentum gibt (denn sonst bedürfte es keiner ergänzenden Usukapion), wohl aber zu geben scheint, so daß selbst der Besonnene und Geschäftskundige glauben kann, es sei Eigentum schon jetzt vorhanden.“ Stintzing, S. 73: „. . . *titulus* = ein solcher

Erwerbsakt, auf welchen hin die Publiciana erteilt werden würde." S. 103: „Auf die *causa traditionis* (vgl. Böcking, § 153, S. 158. Fitting, 52, S. 406 f. Mayer, S. 73. Chlamtacz, Übereignungsart durch Tradition, S. 1—21) lassen sich nun alle Titel der Usukapion, welche einen derivativen singulären Erwerb betreffen, zurückführen und daraus folgt denn auch, daß es dem Geschäfte im übrigen an jeder Gültigkeit fehlen kann, ohne daß es aufhörte, ein *iustus titulus* zu sein." S. 124: „. . . So könnte man den *titulus* füglich als einen zu bescheinigenden Erwerbsgrund des Eigentums charakterisieren." Böcking, § 137, § b, § 146, § *a*, S. 87: „(*titulus*-Rechtsgrund) Jener, der *iustus titulus*, die *iusta causa*, drückt nicht allein die negative Eigenschaft des zur Ersitzung erforderlichen Besitzes aus, . . . sondern auch die positive, auf einem, nach allgemeiner Rechtsbestimmung zum Eigentumserwerb an sich zureichenden, diesen aber im gegebenen Falle nicht bewirkenden Grunde zu beruhen." S. 88: „Der Titel ist sonach nicht als bloßer Rechtfertigungsgrund des zur Usukapion erforderlichen guten Glaubens, vielmehr dieser als Wirkung jenes zu bezeichnen, er gilt daher bei vollständigem Vorhandensein jenes selbst als vorhanden, und bedarf besonderer Rechtfertigung nur, wenn jener nicht oder nur mit materiellem Mangel behaftet besteht." Schirmer, S. 49: „. . . der Titel (ist), wenn auch nicht eigentlich Rechtfertigung, geschweige denn bloßes Beweismittel für die *bona fides*, welche demnach auch durch anderweitige Tatsachen müßte dargetan werden können, so doch ihre äußere Darstellung." Sonst wie Savigny. Vgl. S. 49: „Der Titel = ein bestimmtes Rechtsgeschäft, welches an sich zur Eigentumsübertragung hinreichend ist." Unterholzner-Schirmer, § 95, S. 319, § 102, S. 348: „. . . besteht der *iustus titulus* in einer Tatsache, welche abgesehen von den Mängeln, die der redlichen Meinung wegen übersehen werden und kein Hindernis der Ersitzung ausmachen, im stande sein würde, dem Besitzerwerber das von ihm vorausgesetzte Recht zum Besitze zu gewähren ... Tatsache, ... welche in Abwesenheit der vorhin erwähnten Mängel mit dem Besitze zugleich das Eigentum gegeben haben würde. Unvollkommener Erwerbsgrund des Eigentums." Vgl. § 119, S. 411. Schirmer, S. 323 in Anm. *: „. . . der Titel, der äußere Vorgang, welcher unsere Herrschaft über die besessene Sache als rechtmäßig erworbene erscheinen läßt; er ist also nicht etwa bloßes Beweismittel des guten Glaubens, das sich auch anderweitig ersetzen ließe, sondern dessen notwendige äußere Darstellung in den unseren Erwerb unmittelbar begleitenden Tatumständen." Fitting, 51, S. 54: „. . . ein *verus titulus pro emptore* dann vorliege, und folglich erst dann die *usucapio pro emptore* beginnen könne, wenn alles vorhanden ist, was an äußeren Tatsachen dazu gehört, um unter Voraussetzung des Eigentums beim Verkäufer den Käufer einer *res mancipi* zum bonitarischen Eigentümer derselben zu machen." Vgl. S. 284; 52, S. 22: „Ein *verus titulus* sei dann vorhanden, wenn der Empfänger durch die Übergabe der Sache allein nur deswillen nicht alsbald quiritarisches Eigentum erlangt hat, weil der Tradent nicht Eigentümer, noch auch sonst zur Veräußerung befugt, oder weil die Sache eine mittels bloßer Tradition nicht übertragbare *res mancipi* gewesen." S. 381: „Zum Dasein eines wahren Titels wird allemal und ohne

jede Ausnahme das wirkliche tatsächliche Vorhandensein desjenigen Verhältnisses erfordert, von welchem der Titel im gegebenen Falle seinen besonderen Namen hat.“ S. 398: „. . . daß unter den Titeln die Rechtfertigungsgründe des Besitz- und Eigentumserwerbes zu verstehen (sind).“ Vgl. S. 421. David, S. 9: „Zur Usukapion ist notwendig und genügt die Tradition aus einem Rechtsgrunde, den der Traditar für wahr hält.“ Vgl. S. 10, 11, S. 16; „Die eigentliche *causa usucapionis*. (S. 18): der Akt, der das regelmäßige und in der Regel auch ausschließliche Erfordernis der Traditionsersitzung bildet, besteht in der, in der Absicht, aus irgend einer zulässigen *causa* Eigentum zu begründen, erfolgten Übergabe der Sache von Seite des früheren Besitzers an den handlungsfähigen und erwerbsfähigen Usukapienten.“ Vgl. S. 33 f. Mayer, S. 16, S. 84: „Die einzelnen Titel tragen samt und sonders den Charakter von Eigentumserwerbsakten an sich.“ S. 88, 113, 124: „*iusta causa usucapionis* = ein der *aequitas* entsprechender Erwerbsakt, dem zur Vollkommenheit alle diejenigen Bestandteile fehlen, welche sich auf die Person des bisherigen Eigentümers beziehen.“ S. 135: „. . . unvollkommener Eigentumserwerbsakt.“ S. 147, 152, S. 154: „. . . über die sechs benannten Titel, welche auf einer *Traditio ex iusta causa* beruhen, das heißt auf einem Geschäfte, welches die Eigentumstradition im Zusammenhange mit ihrem Zwecke bildet und in welchem sie als vor der *aequitas* gerechtfertigt erscheinen.“ S. 205: „. . . grundfalsche Theorie ist die Lehre vom *titulus putativus*.“ Vgl. S. 223 f. Źródłowski, S. 33: „. . . der Ersitzungstitel ist also ein zur Eigentumserwerbung tauglicher Rechtsgrund.“ S. 35: „. . . darunter sind die Rechtfertigungsgründe des Eigentumserwerbes zu verstehen.“ Vgl. S. 36. Bernhöft, Tit., S. 4: „Der Titel umfaßt alles, was zum Erwerbe gehört, er ist der Inbegriff derjenigen Tatsachen, welche den Besitz objektiv — in Wirklichkeit nicht bloß scheinbar im Gegensatz zur *bona fides* — als einen wohl erworbenen charakterisieren.“ Vgl. S. 21: „Über den Putativtitel und S. 32; Bt., S. 12, 102. Arndts, § 159. Bruns, § 158. Vangerow, § 321 Anm. 1, 1: „. . . *titulus*, ein Vorgang, welcher an und für sich betrachtet, also abgesehen von den Mängeln eines konkreten Falles, geeignet ist, Eigentum zu verschaffen.“ Bechmann, S. 281: „Die Ersitzung *pro emptore* setzt einen wenigstens als *negotium claudicans* gültigen und vollziehbaren Kauf voraus.“ Vgl. Kauf, Bd. 2, S. 185 f. Klein, S. 41—49, 345: „*Causa* = ein, sei es der Tradition vorhergehendes, sei es in ihr sich vollziehendes Rechtsgeschäft, ein das Zusammenwirken zweier Kontrahenten forderndes Rechtsgeschäft unter Lebenden, welches . . . Eigentumsübertragung bezweckt.“ S. 41 Anm. 98—103, S. 352—356; S. 354: „*Justa possessio* war neben der *causa* . . . Bedingung der Ersitzung.“ S. 355: „. . . war die Possessionsersitzung . . . dadurch bedingt, daß über zweiseitigen, rechtsgeschäftlichen Eigentumsüberlassung bezweckenden rechtsbeständigen Erwerbsgrund vom Usukapienten mit Zustimmung des dispositionsberechtigten Vormannes der Besitz der Sache erworben worden.“ Vgl. S. 405, 412, 434, 472. Pernice, S. 406 Anm. 1: „. . . daß *iusta causa* ein dem Besitzübergange ideell oder tatsächlich vorausgehendes Rechtsgeschäft sei.“ S. 425: „Ist nämlich die *iusta causa* das zeitlich früher anerkannte Erfordernis der Usukapion, so

Das *pro emptore* bildet eben den *titulus,* den Namen des Besitzes; ein *titulus verus pro emptore,* wörtlich genommen, drückt am besten unsere Ansicht aus. Ohne Titel *pro emptore* keine Ersitzung *pro emptore.* Der Titel ist mit der *causa* nicht zu verwechseln. Wenn wir also die herrschende Lehre nach unseren Gedanken ausdrücken, müssen wir sagen: Kein Titel *pro emptore* ohne *vera causa possessionis pro emptore.* Der Titel ist nicht an Stelle der *causa* zu nehmen, sondern Titel und *causa* sind zwei gesonderte Begriffe.

Somit nimmt der Besitztitel als Name, Bezeichnung des Besitzes, aber nicht als dessen Erwerbsgrund in der Ersitzungslehre seinen eigenen Platz ein. Der Besitztitel als Ausdruck des Willens, mit dem man die Sache in Besitz nahm, hat uns konsequent zum Erfordernisse der *causa possessionis* geführt, er erscheint früher in den Quellen als die *causa,* und erst nach Entstehung des *causa*-Erfordernisses hat man den Titel (*titulus*) besonders hervorzuheben begonnen.

Eine wörtliche Bestätigung dafür, daß man später *titulus possessionis* und *causa possessionis* nebeneinander anführte, liegt in L. 5, C. 7, 33: *nec petentem dominium ab eo cui petentis solus error causam, possessionis sine vero titulo praestitit, silentii longi praescriptione depelli iuris evidentissimi est.*[1]) Anfangs hat man keinen Anlaß gefunden, das *pro herede, pro suo,* mit einem besonderen Worte *titulus* zu bezeichnen, da der Besitz *pro*

---

folgt daraus von selbst, daß die *bona fides* das sekundäre ist; man kann die *iusta causa* demnach nicht als die Rechtfertigung der *bona fides* auffassen." Windscheid-Kipp, I., S. 815: „Diese Erwerbtatsache, auf welche der gute Glaube gestützt wird, muß also regelmäßig mit allen Erfordernissen ihrer Gültigkeit wirksam vorhanden sein; die Ersitzung bedürfe eines Titels." S. 817 Anm. 8: „Titel = Grundlage für die Rechtfertigung des Bewußtseins des Besitzers." — Dernburg, S. 181: „. . . „Tatbestände als Ursachen von Rechtswirkungen nennt man Titel." S. 508: „. . . Tatsachen, welche seinen Besitzerwerb äußerlich rechtfertigen." S. 512: „. . . Vorgänge, welche den Erwerb des Eigentumsbesitzes als rechtmäßig erscheinen lassen." S. 513: „. . . Vorkommnisse, welche die Annahme eines Rechtsgeschäftes in probabler Weise begründen können (Putativtitel). Vgl. auch S. 524 Anm. 24, mit Stintzing und Schirmer.

[1]) Stintzing, S. 87 Anm. 78. Fitting, 51, S. 7 Anm. 7. Bernhöft, Tit., S. 4 Anm. 12; Bt., S. 10 Anm. 36. Klein, S. 343. Pernice, S. 503 Anm. 8.

herede, pro suo ohne *causa possessionis* möglich war und zur Ersitzung eben nur im Falle der Nichtexistenz der *causa* führte. Als später zum Besitz *pro emptore* eine *causa possessionis* notwendig erschien, zeigte sich auch die Notwendigkeit, dieses *pro emptore*, den Namen des Besitzes, zu betonen, weshalb das Wort *titulus* entstand.[1])

Demnach erscheint die herrschende Lehre, die nur einen *titulus* zur Ersitzung erfordert, sprachlich und innerlich ungerechtfertigt. *Titulus* ist nicht der fehlerhafte Erwerbsgrund des Eigentumsrechtes, sondern der Name des Besitzes, der Ausdruck derjenigen *affectio*, mit der man die Sache in Besitz nahm; nur nach der Richtung und Eigenschaft dieser *affectio* ist die *causa possessionis*, also der Erwerbsgrund des Besitzes, entweder überflüssig *(pro herede, pro suo)* oder notwendig. Mit der Entwicklung des Ersitzungsinstitutes fängt eine zweite Periode an, in der außer dem Titel auch eine *causa possessionis* erfordert wird.[2])

Paulus hat seine Ansicht über das Erfordernis der wirklichen *causa possessionis pro emptore* zur Ersitzung *pro emptore* mit einigen Beispielen erklärt. Der gänzliche Mangel der *emptio* schließt die *possessio pro emptore*, infolgedessen auch die *usucapio pro emptore* aus. Außer L. 2 pr., D. 41, 4, wird dasselbe auch in L. 48, D. 41, 3, von Paulus gesagt: *hic enim nisi emptio praecedat, pro emptore usucapio locum non habet . . . nec potest pro emptore usucapere qui non emit . . .*

L. 2, § 2, D. 41, 4. Paulus: *Si sub condicione emptio facta sit, pendente condicione emptor usu non capit. idemque est et si putet con-*

---

[1]) David, S. 6 Anm. 3: „Bei der Traditionsersitzung wird er (der Name) entweder hergenommen von dem Rechtsgeschäfte, auf Grund dessen die Tradition erfolgt *(usuc. pro emptore)*, oder von der Absicht, in der tradiert wird *(pro soluto, pro donato, pro dote)*, bei der Ersitzung auf Grund der Bemächtigung einer derelinquierten Sache von dem Akte der Dereliktion, der doch in ganz anderer Beziehung steht zum Erwerbe, wie Kauf oder Solution. Bei den Erbrechtstiteln war wohl eine andere Bezeichnung nicht leicht zu wählen, als die *pro herede* und *pro legato*. Wo aber kein Moment da war, nach dem man den Besitz oder die Ersitzung bezeichnen konnte, da trat der *titulus pro suo* ein." Mayer, S. 109. Bernhöft, Tit., S. 3; Bt., S. 9, 10.

[2]) Hugo, Zivil. Magazin, Bd. 4, S. 144 f.

dicionem exstitisse, quae nondum exstitit: similis est enim ei, qui putat se emisse. contra si exstitit et ignoret, potest dici secundum Sabinum, qui potius substantiam intuetur quam opinionem, usucapere eum.[1]) (Vgl. L. 9 § 4, D. 22, 6; L. 11, I. II., 20.)

Während des Schwebens der Bedingung ist die Kraft der Willenserklärung noch gehemmt, die von ihr zu erzeugende rechtliche Wirkung ist noch nicht erzeugt. Vgl. L. 13 § 5, D. 20, 1: *dicendum est, ante condicionem non recte agi.* L. 38 §. 1, D. 41, 2; L. 8 pr., D. 18, 6. Paulus: *Necessario sciendum est, quando perfecta sit emptio . . . quod si sub condicione res venierit, si quidem defecerit condicio, nulla est emptio, sicuti nec stipulatio . . ., quod si pendente condicione res tradita sit, emptor non poterit eam usucapere pro emptore.* (Vgl. L. 4 pr., D. 18, 2.) Die Einwilligung zum Besitzerwerbe *pro emptore* ist noch nicht vollwirksam; erst nach Erfüllung der Bedingung kann von einer *causa possessionis pro emptore* gesprochen werden. Die *emptio* muß perfekt sein, damit auf Grund derselben die *possessio* und *usucapio pro emptore* stattfinden kann[2]).

Der irrtümliche Glaube des Käufers darüber wird nicht berücksichtigt *(similis . . . emisse)*[3]). Da der irrtümliche Glaube an die Existenz der perfekten *causa emptionis* dem Besitzer nicht helfen kann *(prodesse)*, so kann ihm umgekehrt auch der irrtümliche Glaube an die Nichtexistenz der schon nach Erfüllung der Bedingung perfekten *causa emptionis* nach Sabin und Paulus nicht schaden. Die *opinio* des Besitzers kann ihm den Mangel der *causa* nicht ersetzen und umgekehrt wird sie angesichts der Existenz

---

[1]) Thibaut, S. 92. Kori, S. 49, 108. Savigny, III., S. 355, 356. Stintzing, S. 60, 80. Böcking, § 146, § e. Unterholzner-Schirmer, § 110, S. 379, § 113, S. 393 Anm. 398, § 117, S. 402. Schirmer, § 117, S. 401 Anm. **. Mayer, S. 242. Gimmerthal, S. 541, 546. Vangerow, § 319, 321 Anm. 1, 1. Arndts, § 159, 160. Klein, S. 339. Pernice, S. 468, 484 f. Windscheid-Kipp, § 177, S. 814 Anm. 9. Dernburg, I., S. 452 Anm. 7.

[2]) Stintzing, S. 112. Böcking, § 146, § i, S. 89. Unterholzner-Schirmer, § 102, S. 348. Fitting, 51, S. 17, 24, 248, 269, 284. Źródłowski, S. 37. Bechmann, S. 282. Klein, S. 354 Anm. 151.

[3]) Scheuerl, Zur Lehre von den Nebenbestimmungen bei Rechtsgeschäften, S. 144. Źródłowski, S. 36. Bechmann, S. 302 Anm. 51: „. . . ist die Ersitzung unbedenklich auch in diesem Falle zuzulassen". Windscheid-Kipp, I., S. 815.

der *causa* belanglos bleiben. Die wirkliche Existenz der *causa* ist der beste Beweis für die *affectio emptoris,* mag auch der Besitzer diese *affectio* subjektiv noch nicht gehegt haben.

So wie der wirkliche Käufer vom Eigentümer immer *bonae fidei possessor* ist, so wird auch jeder Käufer *pro emptore possessor* sein, er mag an die Existenz der *causa emptionis* glauben oder nicht. Das wirkliche Vorhandensein desjenigen Umstandes, von dem eine Tatsache abhängt, stellt diese Tatsache außer Zweifel. Das Eigentumsrecht des Verkäufers spricht also an und für sich für den Glauben des Besitzers an das Vorhandensein desselben beim Verkäufer, der wirkliche Kaufvertrag für die *affectio emptoris* des Besitzers. *Potius substantia intuetur quam opinio.*

Diese Regel ist jedoch insofern unrichtig, als derjenige, der noch irrtümlich an die Nichterfüllung der Bedingung, also an die Nichtexistenz der *causa* glaubt, die *affectio emptoris* nicht fassen kann, denn diese *affectio* ist nur dann möglich, wenn man wirklich kaufte oder zum mindesten *rem sibi emptam esse* glaubte. In unserem Falle glaubt der Besitzer *rem nondum sibi emptam esse,* infolgedessen ist bei ihm die Annahme der *affectio emptoris* ausgeschlossen. Paulus statuiert diesen Unterschied zwischen der Annahme der *bona fides* bei irrtümlichem Glauben des Besitzers an das Nichteigentumsrecht des Verkäufers einerseits und der Annahme der *affectio emptoris* bei irrtümlichem Glauben an die Nichtexistenz der *causa emptionis* andrerseits: L. 2, § 2, D. 41, 4: *est tamen non nulla diversitas, quod ibi, cum rem putat alienam, quae sit venditoris, affectionem emptoris habeat, at cum nondum putat condicionem exstitisse, quasi nondum putat sibi emisse.*[1])

Konsequenterweise sollte Paulus im letzteren Falle den Besitz *pro emptore* und demnach die Ersitzung *pro emptore* verneinen. Wenn er jedoch dem Sabin folgt, so läßt sich diese Inkonsequenz nur aus dem Vergleiche mit dem Eigentumserwerbe auf Grund des Kaufes erklären. — L. 9, § 4, D. 22, 6. Paulus: *qui ignoravit dominum esse rei venditorem, plus in re est, quam in existimatione mentis* (Heraldus: *ementis) et ideo, tametsi existimet se non a domino emere, tamen si a domino ei tradatur, dominus efficitur.*

---

[1]) Stintzing, S. 80. Böcking, § 147, § 6, S. 102 Anm. 4. Unterholzner-Schirmer, § 147, S. 404.

So wie die *existimatio*, vom Nichteigentümer gekauft zu haben, den Eigentumserfolg nicht vereitelt, so kann die *existimatio* der Nichtexistenz der *causa* die Wirkung derselben, — daß nämlich der an ihr begründete Besitz mit dem Titel *pro emptore* bezeichnet wird — nicht vereiteln. Das erste Zeichen, daß der *causa* eine wichtigere Rolle als dem Titel zufällt. Die wirkliche *causa emptionis* bildet die Grundlage des Besitztitels *pro emptore*, obwohl der Käufer an deren Unvollkommenheit glaubte. So wie der Besitz jedes Eigentümers schlechthin *pro suo* betitelt wurde, so wird jeder Besitzer auf Grund des Kaufes, ohne Rücksichtnahme auf seinen möglicherweise irrtümlichen Glauben darüber, *pro emptore* besitzen. *Emptio* als *causa possessionis*, erst durch den Besitztitel *pro emptore* als dessen notwendige Stütze hervorgerufen, erhielt das Übergewicht. Nicht nur der Besitzer *cum affectione emptoris*, auf Grund des wirklichen Kaufes, sondern jeder Besitzer auf Grund des Kaufes, auch *sine affectione emptoris*, besitzt *pro emptore*.

Der Besitztitel, anfangs zum Ausdruck des Willens, mit dem man die Sache in Besitz nahm, bestimmt, wurde später durch die von ihm hervorgerufene *causa possessionis* so stark verdrängt, daß einerseits der wirklich vorhandene Wille der Person ohne Existenz der *causa* irrelevant blieb (L 2 pr., D. 41, 4), andererseits die wirklich existente *causa possessionis* den Besitztitel unmittelbar verlieh.

Das Erfordernis der *causa* war anfangs nur dazu bestimmt, die Prüfung der behaupteten *affectio emptoris* zu erleichtern. Der Besitztitel hing demnach von der *affectio emptoris* ab, die nur durch die *causa* bewiesen werden konnte. Sie war nur ein Beweismittel und die beste Grundlage dieser *affectio*.

Auf Grund der *causa* war es jedoch möglich, daß man die Sache nicht mit der *affectio emptoris* erworben hat. Jetzt ist diese Möglichkeit dadurch ausgeschlossen, daß bei Existenz der *causa* sofort der Besitztitel, also *affectio emptoris*, als vorhanden angenommen wird. Der Besitztitel *pro emptore* erscheint jetzt als treuer Begleiter der *causa possessionis pro emptore*. Ist die *causa* vorhanden, so wird auch der Besitztitel *pro emptore* anerkannt; fehlt die *causa*, so wird auch der Besitztitel verneint und umgekehrt: die Anerkennung des Besitztitels beweist die An-

erkennung der *causa possessionis pro emptore.* Es ist einerlei, ob wir nach Paulus sagen: zur Ersitzung *pro emptore* ist der Besitz *pro emptore* nötig, oder ob wir die *causa possessionis pro emptore* für notwendig erklären. — Die Existenz der *causa possessionis pro emptore* entscheidet schlechthin über den Besitztitel *pro emptore* und dadurch schon direkt und unmittelbar über die Zulassung der Ersitzung *pro emptore.*

Paulus ist so weit gegangen, daß nach ihm der Besitzer *pro emptore* besitzen und ersitzen kann, obwohl er von einem Kaufe *nescit,* wenn nur wirklich sein Besitz *ex causa emptionis* entstand. L. 2 § 2, D. 41, 4: *Quod apertius quaeri potest, si, cum defunctus emisset, heredi eius tradatur, qui nesciat defunctum emisse, sed ex alia causa sibi tradi, an usucapio cesset.* (Vgl. L. 31 § 6, L. 44 § 4, D. 41, 3.) Die *ignorantia* der *causa emptionis* schadet dem Besitzer nicht, er wird *pro emptore* besitzen und ersitzen[1]). Vgl. L. 31 § 6, D. 41, 3. Paulus: *Si defunctus emit, heres autem putat eum ex donationis causa possedisse, usu eum capturum Julianus ait.* Der Erbe irrt sich über die wirklich vorhandene *causa emptionis,* indem er irrtümlich eine andere annimmt. Sein Irrtum bezieht sich auf die *iusta causa* und kann ihm nicht schaden, da nach L. 3, C. 7, 27 und § 11, I., II., 6. nur *„error falsae causae ratione fidei bonae non defenditur"; „error autem falsae causae usucapionem non parit"*, so, daß der irrtümliche Glaube an die Qualität der *iusta causa* irrelevant bleibt.

In L. 2 § 3, 4, 5, D. 41, 4, wird die Frage erörtert, ob ein Kaufvertrag, unter einer resolutiven Bedingung, *cum addictione in diem, cum pacto displicentiae* als perfekte oder nicht perfekte *causa possessionis pro emptore* betrachtet und dementsprechend die Ersitzungsbefugnis erteilt oder versagt werden soll. Vgl. L. 2 § 1, D. 18, 2.[2]) Die Ersitzungsbefugnis wird von der Existenz der *causa possessionis,* das heißt von der Einwilligung

---

[1]) Möllenthiel, S. 42 Anm. 122. Stintzing, S. 80. Böcking, § 146, § k, S. 89 Anm. 21. Unterholzner-Schirmer, § 96, S. 326 Anm. 336, § 99 S. 333 Anm. 340, § 117, S. 405 Anm. *. Fitting, 52, S. 252, 396 Anm. 197. Vangerow, § 319 Anm.

[2]) Unterholzer-Schirmer, § 102, S. 349 Anm. 361, § 110, S. 379 Anm. 388. Fitting, 51, S. 18. Źródłowski, S. 37.

zum Besitzerwerbe *pro emptore* seitens des Verkäufers, von der Annahme des *vendere* abhängig gemacht.

L. 2 § 6 D. 41, 4.[1]) Paulus: I. *Cum Stichum emissem, Dama per ignorantiam mihi pro eo traditus est. Priscus ait usu me eum non capturum, quia id, quod emptum non sit, pro emptore usucapi non potest:* II. *Sed si fundus emptus sit et ampliores fines possessi sint, totum longo tempore capi, quoniam universitas eius possideatur, non singulae partes.* (Vgl. L. 34 pr., L. 43 pr., D. 41, 2; L. 4, D. 41, 4).

Der Satz I ist nach Ansicht von Paulus gerechtfertigt. „Priscus“ kann auch von Neratius Priscus verstanden werden. Die Ersitzung *pro suo* hängt von anderen Erfordernissen ab als die Ersitzung *pro emptore.* „Priscus“ besagt hier nur, daß *pro emptore usucapi non potest,* was nicht zur Verschönerung dient und keine überflüssige Bemerkung ist, sondern den Besitztitel *pro emptore,* also einen ganz anderen Umstand als das *pro suo,* hervorhebt.

Bei einem Mangel des Besitztitels *pro emptore* wird die *usucapio pro emptore* verneint. Es ist anzunehmen, daß Neratius, je nachdem der Besitzer seinen Besitz nannte, die Ersitzungsfrage beantwortete; wenn also der Besitzer seinen Besitz *pro suo* nannte, so kann er *pro suo* ersitzen und wenn er *pro emptore* zu besitzen behauptete, ohne gekauft zu haben, so wird ihm die Ersitzung *pro emptore* versagt, da der *pro suo*-Besitz von keiner *causa possessionis pro suo* abhing und der Besitz *pro emptore* nur auf Grund der *causa emptionis* stattfindet. Die Entscheidung im Satze II. kann nicht dem Satze I. widersprechen. Jemand kaufte ein Grundstück und nahm ein größeres Ausmaß als er gekauft, in Besitz. Er kann *totum fundum usucapere.*

Diese Entscheidung enthält einen augenscheinlichen Widerspruch mit dem ersten Satze, da die *ampliores fines,* obwohl sie

---

[1]) Dabelow, I., S. 334 Anm. i. Kori, S. 110. Savigny, Besitz, Aufl. 6, S. 306; III., S. 273. Stintzing, S. 90 e. 91. Böcking, § 146, § o, S. 96 Anm. 44. Unterholzner-Schirmer, § 102, S. 349, § 110, S. 377 Anm. 384. Fitting, 51, S. 13, 14 f. Ubbelohde, S. 18. Bernhöft, Tit. S. 26; Bt., S. 50 f. Brinz, Pand., § 51. Vangerow, § 320 Anm. 2, 1. Klein, S. 286 Anm. 12: Javolenus Priscus, nicht Neratius Priscus, Flavius Priscus. Vgl. 447 f.

nicht verkauft worden sind, doch *pro emptore* ersessen werden können. Der Widerspruch klärt sich auf, wenn man dasjenige, was wirklich verkauft wurde, hervorhebt. *Totum (scilicet) fundum, universitas eius (fundi)*, führt auf den Gedanken, daß unter dem Worte *fundus* vor *emptus sit* auch eine Totalität, *universitas* verstanden werden muß.

Also *totus fundus, universitas eius*, war Gegenstand des Kaufvertrages; für den Besitzerwerb des ganzen Grundstückes ist eine *causa possessionis pro emptore* vorhanden, somit die Ersitzungsbefugnis gerechtfertigt. Die Sätze: *ampliores fines possessi sint* und: *quoniam universitas eius possideatur*, stellen es außer Zweifel, daß *ampliores fines* der *universitas* entsprechen und daß, da die *universitas* direkt mit *eius fundi* verbunden ist, auch *ampliores fines* verkauft[1]) worden sind. Was bleibt nun übrig, worauf sich die *ampliores fines* beziehen können? Nur die *singulae partes*, die im Verhältnis zur *universitas fundi* ein geringeres Ausmaß dieser *universitas fundi* darstellen. Es war ein *totus fundus* als *universitas* verkauft und als *universitas* in Besitz genommen, aber im Kaufvertrage das Ausmaß des *fundus* nach *singulis partibus*, die der *universitas*, den wirklichen *ampliores fines fundi* nicht entsprachen, angegeben.

Der Käufer und der Verkäufer haben sich nur in der Bezeichnung des Grundstückes nach dem Ausmaße geirrt, aber es wollte sowohl der Verkäufer *totum fundum vendere* als auch der Käufer *totum fundum emere*, und letzterer hat wirklich *cum affectione emptoris totum fundum* in Besitz genommen, auf Grund der Einwilligung des Verkäufers für den *totus fundus*. Er besitzt angesichts der vorhandenen *causa possessionis pro emptore* die *universitas* und es ist ihm demnach die Ersitzungsbefugnis *pro emptore* zuzusprechen.

L. 2 § 7, D. 41, 4. Paulus[2]): *Eius bona emisti, apud quem mancipia deposita erant: Trebatius ait usu te non capturum, quia empta non sint.*

---

[1]) Stintzing, S. 91: „*amp. fin.* sind nicht gekauft. Der wahre und schlagende Grund . . . offenbart sich am Schlusse der Stelle in den Worten *quoniam . . . partes*“. Anders Böcking, Unterholzner-Schirmer, § 110, S. 377. Vgl. Klein, S. 286 Anm. 12.

[2]) Böcking, § 146, § k, S. 90. Unterholzner-Schirmer, § 102, S. 349, § 110, S. 377 Anm. 384. Fitting, 51, S. 16. Ubbelohde, S. 18. Klein, S. 342 Anm. 131, S. 401.

Der Käufer des ganzen Vermögens kann nach Trebatius und Paulus die zu diesem Vermögen nicht gehörigen Sachen — zum Beispiel durch *depositum* unter die wirklich zum Vermögen gehörigen, gekommene Sachen — *pro emptore* nicht ersitzen, weil für diese Sachen, für seinen Besitzerwerb *pro emptore* keine *causa possessionis pro emptore* vorliegt. Derselbe Trebatius, der in L. 4 pr., D. 41, 10 die *usucapio pro suo* des Kindes einer *ancilla furtiva* schlechthin auf Grund des Besitzes *pro suo (omni modo)* zuläßt, hat in der Ersitzung *pro emptore* die Existenz einer *causa possessionis pro emptore* gefordert[1]), wodurch außer Zweifel gestellt ist, daß die Ersitzung *pro suo* und die *pro emptore* von einem verschiedenen Standpunkte aus beurteilt werden müssen, nämlich je nach der Bedeutung des Besitztitels *pro suo* und *pro emptore*.

In L. 2 pr., § 6, 7, D. 41, 4 war die Usukapionsbefugnis *pro emptore* wegen Mangel der *causa possessionis pro emptore*, im § 2 wegen Mangel der Perfektion der *causa* verneint. L 2 § 8, D. 41, 4[2]):

1. *Tutor ex pupilli auctione rem, quam eius putabat esse, emit.*

2. *Servius ait posse eum usucapere:*

3. *in cuius opinionem decursum est eo, quod deterior causa pupilli non fit, si proprius habeat emptorem, et, si minoris emerit, tutelae iudicio tenebitur ac si alii minoris addixisset: idque et a divo Traiano constitutum dicitur.* (Vgl. L. 34 § 7, L. 46, D. 18, 1; L. 5, C. 4, 38; L. 12 § 1, D. 26, 7; L. 9, D. 27, 9; L. 33, D. 47, 2.)

L. 5, D. 26, 8, insbesondere § 2: *Item ipse tutor et emptoris et venditoris officio fungi non potest: sed enim si contutorem habeat, cuius auctoritas sufficit, procul dubio emere potest. sed si mala fide emptio intercesserit, nullius erit momenti ideoque nec usucapere potest. sane si suae aetatis factus comprobaverit emptionem, contractus valet.*

§ 3: *Sed si per interpositam personam rem pupilli emerit, in ea causa est, ut emptio nullius momenti sit, quia non bona*

---

[1]) Klein, S. 401.

[2]) Möllenthiel, S. 38 Anm. 116. Stintzing, S. 67, 91. Unterholzner-Schirmer, § 110, S. 378 Anm. 386. Fitting, 51, S. 249 f., 251 Anm. 45; 52, S. 28. Ubbelohde, S. 10. Bernhöft, Tit., S. 26; Bt., S. 47. Zródłowski, S. 36. Klein, S. 342 Anm. 131. Pernice, S. 475 Anm. 3, S. 485 Anm. 2.

fide videtur rem gessisse: et ita est rescriptum a divis Severo et Antonino. § 4: *Sane si ipse quidem emit palam, dedit autem nomen non mala fide sed simpliciter, ut solent honestiores non pati nomina sua instrumentis inscribi, valet emptio: quod si callide idem erit, ac si per interpositam personam emisset.*

Die Regel des Anfangssatzes L. 5 § 2, D. 26, 8 erleidet eine Ausnahme im Anfangssatze des § 4. *Emptio valet,* wenn der Tutor *ipse emit palam.* Der erste Satz der L. 2 § 8, D. 41, 4 spricht vom Kaufe einer fremden, dem Pupill nicht gehörigen Sache. Der dritte Satz muß vom Kaufe[1]) einer dem Pupill gehörigen Sache abgeleitet worden sein, denn wenn der Tutor eine fremde Sache, nicht eine des Pupillen, sich um den Kaufpreis aneignet, so ist dieser Vorgang keine *causa pupilli* und übt keinen Einfluß auf die Haftung des Tutors in *tutelae iudicio* aus. Er spricht von der Gültigkeit des Kaufvertrages, den ein Tutor als Auktionator des Pupillen *ipse* und *palam* über eine dem Pupillen gehörige Sache abschließt. Auf dieses *ipse* bezieht sich *addixisset* und *palam* wird jede Auktion vollführt.

Wenn also ohne Auktion, aber öffentlich, als Gegensatz zum *callide,* ein Tutor selbst und nicht *per interpositam personam* vom Pupillen eine diesem gehörige Sache gültig kauft, so muß auch derjenige Kauf *valere,* den der Tutor als Auktionator vornimmt. Der Tutor als Auktionator erwirbt das Eigentum an der Sache, und als Begründung wird angeführt, daß der Pupill keinen Schaden erleidet, wenn er einen Käufer *proprius* hat, und auch nicht erleiden wird, wenn der Tutor sich die Sache um einen niedrigeren Kaufpreis aneignet, da er deswegen mit dem *iudicium tutelae* belangt werden kann, ähnlich wie wenn er einem Dritten um einen niedrigeren Preis die Sache abgetreten hätte.

Die *constitutio Traiani* regelt den Eigentumserwerb des Tutors als Auktionator des Pupillen. Aus dem Satze 3 folgt für den Satz 1, daß auch im Falle 1, wo der Kauf des Tutors die *causa pupilli* nicht berührt und mit *iudicium tutelae* nichts gemeinsam hat, die *emptio* gültig bleibt.[2])

---

[1]) Klein, S. 342 Anm. 131. Burckhard, Zeitschr. f. Z. u. Pr., XXI., S. 318. Schirmer, Zeitschr. XVI., S. 42 f.

[2]) Fitting, 51, S. 249: „. . . eine auf bloßen Nützlichkeitsrücksichten beruhende Abweichung von den gewöhnlichen Regeln.“

Die *causa possessionis pro emptore* ist vorhanden, der Tutor besitzt die Sache *pro emptore*, und da er an das Eigentumsrecht des Pupillen glaubte, kann er auf Grund der *bonae fidei possessio pro emptore* die Sache *pro emptore* ersitzen.

Analog zur Entscheidung der L. 2 § 8 muß auch der § 9 verstanden werden: *Procuratorem quoque, qui ex auctione, quam mandatu domini facit, emerit, plerique putant utilitatis causa pro emptore usucapturum. idem potest dici* (Paulus selbst) *et si negotia domini gerens ignorantis emerit propter eandem utilitatem.*[1])

Ein Prokurator führt *mandatu domini* die Auktion der Sachen des *dominus* durch und kauft eine Sache. Da er ebenso wie der Tutor *palam* und *ipse (facit)* dies tut, so ist anzunehmen, *plerique putant*, daß er aus Billigkeitsrücksichten so wie der Tutor auf Grund der *constitutio Traiani* das Eigentum an der Sache erwirbt, so daß die *emptio valet.* War die Sache nicht Eigentum des *dominus*, glaubte aber der Prokurator *eius esse*, so kann er auf Grund der *bonae fidei possessio pro emptore* auch *pro emptore* ersitzen.

Paulus fügt seinerseits hinzu, daß *propter eandem utilitatem idem potest dici*, wenn der Prokurator sich auch ohne spezielles Mandat, ohne Wissen des *dominus*, nur in Erfüllung seiner Pflichten als Verwalter der Geschäfte des Herrn, um den Kaufpreis — natürlich nicht *callide* und nicht *per interpositam personam* — eine Sache aneignet. L. 2 § 8 und § 9 bilden eine konsequente Durchführung der Ansicht von Paulus, daß zum Besitz *pro emptore* die *causa possessionis pro emptore* vorhanden sein muß, denn in diesen Beispielen wird eine *causa* als wirklich vorhanden, nicht aber als eine Putativtitelersitzung angenommen.

L. 2 § 15, D. 41, 4[2]): *Si a pupillo emero sine tutoris auctoritate, quem puberem esse putem, dicimus usucapionem sequi, ut hic*

[1]) Dabelow, I., S. 337.

[2]) Thibaut, S. 47, 72, 96. Dabelow, I., S. 190, 334, 336. Kori, S. 110. Reinhardt, S. 48. Savigny, III., S. 370, 373 Anm. f, S. 375 Anm. a. Stintzing, S. 70, 85, 90, 110. Schirmer, S. 209, 220. Böcking, § 146, S. 83 Anm. 31, § 147, § a, S. 102 Anm. 4, § 148, S. 119 Anm. 35. Bruns, S. 278, 292. Unterholzner-Schirmer, § 35, S. 127 Anm. *, § 110, S. 378, § 117, S. 401 Anm. **, S. 407, § 137, S. 489; II., § 163. Exner, Tradition, S. 367 Anm. 57, 369. Gimmerthal, S. 540. Fitting, 51, S. 276, 277 Anm. 65, 67, S. 278. Wächter, S. 98 f. David, S. 12, 37. Zródłowski, S. 37. Ubbelohde, S. 10. Bruns,

plus sit in re quam in existimatione: quod si scias pupillum esse, putes tamen pupillis licere res suas sine tutoris auctoritate administrare, non capies usu, quia iuris error nulli prodest. [Cuiacius: plus quam in re sit in existimatione.[1]*)]* (Vgl. L. 13 § 2, D. 6, 2; L. 31 pr., 32 § 1, D. 41, 3; L. 9, C. 7, 26.) Im ersten Satze wird *error facti,* im zweiten *iuris error*, also die *ignorantia* und deren Wirkung erörtert.

In L. 9 pr., D. 22, 6 sagt Paulus[2]): *Regula est iuris quidem ignorantiam cuique nocere, facti vero ignorantiam non nocere.*

Als Beispiel wird der § 4 angeführt: *qui ignoravit dominum esse rei venditorem, plus in re est, quam in existimatione mentis: et ideo, tametsi existimet se non a domino emere, tamen si a domino ei tradatur, dominus efficitur.* (Vgl. L. 4 § 1, D. 40, 2; § 20, Gai Inst., 2.)

Das *plus* ist das wirklich vorhandene Eigentumsrecht des Verkäufers, das *minus* ist in der Meinung des Käufers *se non a domino emere* enthalten. Aus L. 11 § 2, D. 19, 1 ist bekannt, daß *si quidem dominus fuit venditor, facit et emptorem dominum.* Der Satz *plus .... mentis* wird durch das *et ideo* als Grund des *dominus efficitur* angeführt. Das Eigentumsrecht des *venditor* ist der Grund des Eigentumserwerbes beim Käufer. Mit der *causa possessionis pro emptore* steht dieser Erfolg in keinem kausalen Zusammenhange.

Anders steht die Sache mit der Handlungsfähigkeit des Verkäufers; von ihr ist die *causa possessionis* abhängig, die tatsächlich geäußerte Einwilligung zum Besitzerwerbe beim *vendere* seitens des Pupillen ist rechtlich irrelevant und kann schwerlich eine Grundlage der *possessio pro emptore* bilden. L. 2 § 15

Bf., S. 22, 102. Bernhöft, Tit., S. 22; Bt., S. 25. Vangerow, § 317 Anm. 5, B. 10, § 320 Anm. 2, 1. Bechmann, S. 284 Anm. 11, S. 285 Anm. 15. Klein, S. 284 Anm. 7, S. 289, 331 Anm. 114. Pernice, S. 496 Anm. 3, S. 504. Windscheid-Kipp, § 178, S. 815 Anm. 2.

[1]) Unterholzner-Schirmer, S. 120 Anm. 133 a, S. 125, 126. Fitting, 51, S. 277 Anm. 67.

[2]) Scheurl, I., S. 214. Stintzing, S. 60: „Bei einem durchaus vollgültigen Erwerbe ist die Meinung des konkreten Subjekts völlig gleichgültig: die rechtlichen Folgen des wirklich Vorhandenen treten *ipso iure* ein.“ Vgl. auch § 18, S. 73 f., § 19, S. 77 f.

scheint demnach eine Ausnahme zu bilden; ob sie wirklich von Paulus geschrieben wurde, ist zweifelhaft.

Wir nehmen zuerst einen Fall im Sinne der L. 9 § 4, D. 22, 6, aber mit *plus in existimatione mentis, quam in re.* Der Satz wird lauten: *Qui ignoravit dominum non esse rei venditorem, plus in existimatione mentis est, quam in re: et ideo, tametsi existimet se a domino emere, tamen, si a non domino ei tradatur, dominus non efficitur.* Dies enthält den gewöhnlichsten Fall einer Ersitzung *pro emptore,* nämlich wenn man eine Sache von einem Nichteigentümer, aber *cum existimatione eum dominum esse,* gekauft hat. Niemand kann verlangen, es soll hier ebensoviel in der Sache selbst sein *(ut hic idem sit in re, quod . . . mentis),* als es in der Meinung ist, das heißt, der Käufer soll sofort Eigentum erwerben, denn dann wäre die Ersitzung *pro emptore* unnötig. Nachstehend ein Fall, worin der Käufer *ignoravit pupillum non esse rei venditorem, plus in re est, quam in existimatione mentis: et ideo, tametsi existimet se a pupillo emere, tamen, si a non pupillo ei tradatur, dominus efficitur.*

Hier ist auch *plus in re, quam in existimatione,* und der Käufer wird nach Paulus — der nach Sabin (L. 2 § 2, D. 41, 4) *potius substantiam intuitur quam opinionem* — Eigentum an der Sache sofort erwerben. War der verkaufende *non pupillus* nicht Eigentümer der Sache, so kann die Ersitzung *pro emptore* stattfinden, da ein Besitz *pro emptore* beim Käufer ungeachtet seiner *ignorantia pupillum non esse, existimatio se a pupillo emere,* angenommen wird, so wie er *pro emptore* ersitzt, *si condicio emptionis exstitit et ignoret.*

Zuletzt kommt die L. 2 § 15, D. 41, 4, aber in den Worten der L. 9 § 4, D. 22, 6: *qui ignoravit pupillum esse rei venditorem, plus in existimatione mentis est, quam in re: et ideo tametsi existimet se non a pupillo emere, tamen, si a pupillo ei tradatur, dominus non efficitur.*

Der Pupill war zwar Eigentümer der Sache, der Käufer kann aber das Eigentum nicht erwerben, weil die *causa adquirendi dominii,* die Einwilligung zum Eigentumserwerbe fehlt. War der Pupill nicht Eigentümer der Sache, so kann wegen Mangel der *causa possessionis pro emptore* die Ersitzung *pro emptore* nicht stattfinden, so wie beim bedingten Kaufe *emptor usu non*

capit, si putet condicionem exstitisse, quae nondum exstitit, similis est enim ei, qui putat se emisse.

In der L. 2 § 15, D. 41, 4 *plus est in existimatione, quam in re.* Der Jurist sagt nicht *est in re*, sondern ***ut** hic **sit** in re*, „damit hier in der Sache sei", und als Subjekt dieses *sit* kann nicht noch ein *plus* — also noch etwas mehr als das mit der *existimatio* schon umfaßte *plus* — sondern nur eben dieses *plus* der *existimatio* verstanden werden. In der *existimatio* ist schon das *plus* enthalten; *plus sit in re quam in existimatione* würde also ein *plus* als *plus*, also einen Unsinn bedeuten.

Die Verbesserung des Cuiacius: *plus quam in re sit in existimatione*, sagt, daß in der Meinung mehr sein soll, als in der Sache ist, was zwecklos und widersinnig erscheint, da das *plus* schon in der *existimatio* vorhanden ist und eben in *re* fehlt, also weder ein *plus* in *existimatione* stattfinden kann, noch ein *plus* in *re* zu suchen sei.

In dieser Form ist die L. 2 § 15, D. 41, 4 unverständlich. Der Jurist (Paulus?) konnte nur sagen: *ut hic plus sit in re, **quod** est in existimatione*, wenn er ausnahmsweise *potius opinionem intuitur quam substantiam*, was bei Paulus der L. 2 § 2 sehr zweifelhaft erscheint. Der Vergleich mit L. 9 § 4, D. 22, 6 erklärt, woher dieses *ut . . . existimatione* der L. 2 § 15 stammt. Man hat vor dem *plus* der L. 9 *ut hic* und anstatt *est*, *sit* geschrieben, und dadurch entstand die Rechtfertigung des *dicimus usucapionem sequi.*

In der L. 2 § 15 ist eine Ausnahme angeführt — zweifelhaft, ob von Paulus selbst — daß nämlich auf Grund des Kaufes vom Pupillen *sine auctoritate tutoris* eine Ersitzung *pro emptore* stattfindet, obwohl eine *causa possessionis* nicht vorhanden ist, während der Käufer an deren Existenz glaubt. Die Meinung *puberem esse* ist nicht die *bona fides* der Ersitzung, sondern der Grund, aus dem man ausnahmsweise die Ersitzung zuließ. Dem widerspricht auch die L. 27, D. 18, 1 nicht. Paulus: *qui **a quolibet** rem emit, quam putat ipsius esse, bona fide emit: at qui sine tutoris auctoritate a pupillo emit, vel falso tutore auctore, quem scit tutorem non esse, non videtur bona fide emere, ut et Sabinus scripsit.*[1])

---

[1]) Pernice, S. 466 Anm. 1, S. 491.

Non videtur dient den römischen Juristen zum Ausdrucke einer angeblichen, nicht festen Regel, eines Schwankens. Angesichts des *quem scit tutorem non esse* erscheint das Schwanken des Juristen etwas merkwürdig. Diese Unnatürlichkeit verschwindet, wenn auch der Satz *at . . . scripsit* auf den Käufer des ersten Satzes bezogen wird. Jemand kauft wissentlich eine Sache vom Pupillen *sine tutoris auctoritate* oder *falso tutore auctore*, aber *putat ipsius esse.*

Der Jurist zweifelt nach Sabin, ob auch hier die Regel *qui a quolibet . . . emit* platzgreifen soll, ob also doch nicht eine Ausnahme von diesem *quolibet* anzunehmen sei. In dem Sinne erscheint das *non videtur bona fide emere* völlig gerechtfertigt.[1]) [Vgl. L. 13 § 2, D. 6, 2; L. 4, D. 26, 8.] L. 2 § 15, D. 41, 4 spricht vom Verkaufe einer dem Pupillen nicht gehörigen Sache, denn sonst wäre die Ersitzung überflüssig.[2])

War der Pupill Eigentümer der Sache und soll ausnahmsweise seine Handlungsunfähigkeit nicht schaden, also der Kauf *valere,* so bleibt das einzige, was in der *existimatio* war und *in re* fehlte, der Eigentumserwerb des Käufers und kann den Gegenstand des *sit* nur der sofortige Eigentumserwerb des Käufers bilden.

Wenn Paulus von einer Usukapion spricht, so war der Pupill nicht Eigentümer der Sache; dieses *plus existimationis* ist die Existenz der *causa possessionis pro emptore,* was ausnahmsweise zugestanden werden soll, und auf Grund dessen findet die noch notwendige Ersitzung *pro emptore* statt. L. 2 § 15 berührt nicht die Frage des guten Glaubens bei der Ersitzung, sondern die Existenz der *causa possessionis pro emptore* und die ausnahmsweise Berücksichtigung des Glaubens des Besitzers darüber. Sprachlich ist sie verdächtig, steht in den Quellen isoliert und widerspricht der L. 9, C. 7, 26: *Eum, qui a pupillo sine tutoris auctoritate distrahente comparavit, nullum temporis spatium defendit.*

L. 2 § 16, D. 41, 4: *Si a furioso, quem putem sanae mentis, emero, constitit usucapere utilitatis causa me posse, quamvis nulla*

---

[1]) Unterholzner-Schirmer, § 36, S. 119, 3 und d. d. cit. Litt. Fitting, 51, S. 277. Pernice, S. 466.

[2]) Bechmann, S. 282, 284.

esset emptio et ideo neque de evictione actio nascitur mihi nec Publiciana competit nec accessio possessionis. (Vgl. L. 7 § 2, D. 6, 2.)

L. 13 § 1, D. 41, 3.[1]) Paulus: *Eum, qui a furioso bona fide emit, usucapere posse responsum est.* (Vgl. L. 1 § 12, D. 44, 7; L. 6, D. 45, 1; L. 2, C. 4, 38.)

§ 16 enthält eine Ausnahme *utilitatis causa.*[2]) Obwohl der Kauf vom Wahnsinnigen *nulla emptio est*, also weder für den sofortigen Eigentumserwerb, wenn der *furiosus* eine ihm gehörige Sache verkaufte, noch für die Usukapionsbefugnis, wenn der *furiosus* eine fremde Sache verkaufte, als *causa dominii* oder *possessionis pro emptore* dienen kann, wird doch hier ausnahmsweise die Existenz der *causa possessionis pro emptore* angenommen, auf Grund deren die Ersitzung *pro emptore* stattfindet. Der Glaube, der Verkäufer sei *sanae mentis*, ist keine *bona fides*, sondern der Grund, warum ausnahmsweise der Besitzer günstig behandelt werden soll. Der Satz Ulpians in L. 13 § 1, D. 5, 3: *nam si a furioso emero sciens, pro possessore possideo,* wird in L. 27, D. 18, 1 von Paulus durch *non videtur bona fide emere* ausgedrückt. Hat der Käufer vom Wahnsinnigen gekauft, so ist er *pro emptore possessor* nach Ulpian; wenn er an das Eigentumsrecht des Verkäufers und dessen Geistesgesundheit glaubte, nach Paulus, wenn er an dessen Gesundheit glaubte und dabei entweder *scit dominum non esse* oder *putat dominum esse.*

Nach Ulpian wird er *pro emptore* ersitzen, weil er *pro emptore* besitzt; fehlt aber der Glaube an die Gesundheit, so ist der Besitzer *pro possessore*-Besitzer und kann nicht ersitzen. Nach Paulus wird er ersitzen, wenn er auf Grund des Glaubens an die Gesundheit *pro emptore* besitzt und dabei *eum dominum esse* glaubt. Nach Ulpian und Paulus ist die Ersitzung auf

---

[1]) Bernhöft, Bt., S. 20 Anm. 12.

[2]) Thibaut, S. 47, 96. Dabelow, I., S. 335. Kori, S. 111, 257. Savigny, III., S. 84, 373 Anm. f. Stintzing, S. 50, 89. Unterholzner-Schirmer, § 39, S. 128, § 117, S. 402, § 134, S. 478. Exner, Tradition, S. 369. Fitting, 51, S. 275; 52, S. 256. Puchta, Inst., 2, S. 599 Anm. g. Ubbelohde, S. 10, 16. David, S. 37. Bernhöft, Tit., S. 10, 21. Vangerow, § 317 Anm. 7, § 320 Anm. 2, 1. Bechmann, S. 285, 301. Klein, S. 294, 318, 330. Pernice, S. 487 Anm. 5, S. 502 Anm. 2, 504. Windscheid-Kipp, I., § 176, S. 812 Anm. 8. Dernburg, I., S. 513.

Grund des Kaufes vom Wahnsinnigen, infolge des Glaubens an das Eigentumsrecht und die Geistesgesundheit des Verkäufers, wohl aus anderen Gesichtspunkten gestattet. Nach beiden ist jedoch die Ersitzung ausgeschlossen, wenn der Käufer *a furioso sciens emit*, wenngleich im Glauben an dessen Eigentumsrecht.

Bei Ulpian ist dieser Glaube ein Bestandteil der *bona fides*, nach Paulus der Rechtfertigungsgrund der Ausnahme, der Glaube an die *causa possessionis pro emptore*. Ulpians *pro possessore* ist die Verneinung des guten Glaubens, was bei Paulus zwar durch *non videtur bona fide emere* betont wird, aber hauptsächlich die Nichtexistenz der *causa possessionis pro emptore* und den Mangel einer ausnahmsweisen Nichtbeachtung dieser Nichtexistenz bestätigt.

Die Erklärung der obigen Beispiele der L. 2, D. 41, 4 hat uns bewiesen, daß Paulus den Besitz *pro emptore* als Grundlage der Ersitzung *pro emptore* fordert. Wenn neben dieser Grundlage auch die *bona fides* als Glaube an das Eigentumsrecht des Verkäufers vorhanden ist, dann ist die Ersitzungsbefugnis gegeben. Der Besitz *pro emptore* ist dort vorhanden, wo eine *causa possessionis pro emptore* existiert. Der gänzliche Mangel der *causa* oder deren Unvollkommenheit kann durch den bezüglichen Glauben des Subjektes nicht ersetzt werden (L. 2 pr., §§ 2, 3, 6, 7, D. 41, 4).

Ausnahmsweise wird die Existenz der *causa possessionis pro emptore*, infolgedessen der Besitz *pro emptore* und in Begleitung der obigen *bona fides* die Ersitzung *pro emptore* angenommen (L. 2 §§ 8, 9, 15, 16), was nur die Regel bestätigt.

Eine Nachahmung der *causa possessionis pro emptore* ist die *litis aestimatio*.[1])

L. 3, D. 41, 4, Ulpianus: *Litis aestimatio similis est emptioni.*

---

[1]) Über den Streit, ob und inwiefern auch das rechtskräftige Urteil über das Eigentum einen Ersitzungsgrund abgebe, siehe Böcking, § 146, § nn, S. 91 Anm. 27, 28. Fitting, 52, S. 43. David, S. 29. Unterholzner-Schirmer, § 105. Vangerow, § 320 Anm. 3. Arndts, § 159 Anm. 4. — Von der Usukapion auf Grund eines Eides: Fitting, 52, S. 23 Anm. 125. Klein, S. 350 Anm. 146. Dernburg, I., S. 513 Anm. 30.

L. 1, D. 41, 4, Gaius: *Possessor, qui litis aestimationem optulit, pro emptore incipit possidere.* (Vgl. L. 17, D. 41, 3.)

L. 2 § 21, D. 41, 4, Paulus: *Si rem alienam emero et, cum usucaperem, eandem rem dominus a me petierit, non interpellari usucapionem meam litis contestatione. sed si litis aestimationem sufferre maluerim, ait Julianus causam possessionis mutari ei, qui litis aestimationem sustulerit, idemque esse, si dominus ei, qui rem emisset a non domino, donasset: eaque sententia vera est.* Hier ist die *causa possessionis* darin dem Kaufe ähnlich, daß derjenige, der *litis aestimationem obtulit,* sich vom anderen eine Sache gegen eine bestimmte Summe abtreten läßt.

War der andere auch nicht Eigentümer, so kann vom Momente der Zahlung an ein Besitz *quasi pro emptore* angefangen werden und auf Grund dieser *possessio quasi pro emptore* die Ersitzung *quasi pro emptore* im Glauben an das Eigentumsrecht des Abtretenden stattfinden. Eine *quasi possessio* und *quasi* Ersitzung *pro emptore* ist in L. 9, 10, D. 41, 4, von Julian enthalten. *Qui ob pactionem libertatis*[1]) *ancillam furtivam a servo accepit, potest partum eius quasi emptor usucapere. Servus domino ancillam, quam subripuerat, pro capite suo dedit: ea concepit: quaesitum est, an dominus eum partum usucapere possit. respondit: hic dominus quasi emptor partum usucapere potest, namque res ei abest pro hac muliere et genere quodammodo venditio inter servum et dominum contracta est.*

Die Ersitzung *pro emptore* gründet sich auf den Besitz *pro emptore. Possessio pro emptore* ist der Besitz *cum affectione emptoris.* Die *affectio emptoris* ist möglich, wenn man wirklich kaufte oder irrtümlich an den Abschluß eines Kaufvertrages über die in Besitz genommene Sache glaubte. Bei wirklicher Existenz einer *emptio* wird der Besitz *pro emptore* ohneweiters als vorhanden angenommen. Bei einer irrtümlichen Annahme wird nach Julian der Besitz *pro emptore* aus einem wichtigen Grunde, einem wesentlichen Irrtum, noch angenommen, nach Paulus unbedingt ausgeschlossen.

---

[1]) Fitting, 51, S. 32. David, S. 11. Mayer, S. 185. Klein, S. 309 Anm. 68, S. 311 Anm. 72.

Der Besitztitel *pro emptore* bezieht sich bei Julian nur auf einen gutgläubigen Besitzer *cum affectione emptoris.* Sonst heißt der Besitz ungeachtet der *affectio emptoris, pro possessore.* Paulus nennt jeden Besitzer *cum affectione emptoris* einen Besitzer *pro emptore,* ungeachtet der *bona* oder *non bona fides.*

Julian forderte keine *causa possessionis pro emptore,* da bei ihm eine *possessio pro emptore* auch ohne Existenz der *causa* annehmbar ist. Paulus verlangt immer — mit wenigen Ausnahmen — die Existenz einer vollkommen perfekten *causa possessionis pro emptore. Causa possessionis pro emptore* ist die tatsächlich perfekt geäußerte Einwilligung zum Besitzerwerbe *pro emptore, cum affectione emptoris.*

Julian verlangte zur Ersitzung eine *bonae fidei possessio* oder, was identisch ist, eine *pro emptore possessio*, Paulus *causam possessionis pro emptore, possessionem pro emptore* und dazu *bonam fidem* als Glauben an das Eigentumsrecht des Verkäufers. Das *pro possessore* Julians, als Verneinung des guten Glaubens, finden wir bei Paulus nicht, da bei ihm der Besitztitel nicht von der *bona fides* abhängt: Eine Rückkehr zum Zustande des II, § 52 Gaius', wo eine unredliche *pro herede possessio* vorkommt. Die Spuren beider Ansichten sind auch in anderen Titeln zu finden.

§ 4.

Pro donato.

L. 1 pr., D. 41, 6[1]) Paulus: *Pro donato is usucapit, cui donationis causa res tradita est: nec sufficit opinari, sed et donatum esse oportet.* (Vgl. L. 1, C. 7, 27.)

Diese Stelle scheint dasselbe für die Ersitzung *pro donato* zu wiederholen, was in L. 2 pr., D. 41, 4 für die Ersitzung *pro emptore* gesagt ist. Sie beinhaltet jedoch einen anderen Sinn. L. 2 pr., D. 41, 4 für den Titel *pro donato* in Anwendung gebracht, wird dann lauten: *Pro donato possidet, cui res vere*

[1]) Dabelow, I., S. 339. Kori, S. 109. Roßhirt, S. 11. Stintzing, S. 88 Anm. 79. Unterholzner, § 113, S. 385. Fitting, 52, S. 10 Anm. 92, S. 12. David, S. 13. Mayer, S. 173. Bernhöft, Bt., S. 24 Anm. 6. Vangerow, § 319. Klein, S. 296. Pernice, S. 503 Anm. 7.

donata est, nec sufficit tantum in ea opinione esse eum, ut putet se pro donato possidere, sed debet etiam subesse causa donationis. Wenn eine *res* wirklich geschenkt wird, so wird der damit Bedachte Eigentümer der Sache.

L. 1 pr., D. 39, 5 Julianus: *Dat aliquis ea mente, ut statim velit accipientis fieri nec ullo casu ad se reverti, et propter nullam aliam causam facit, quam ut liberalitatem et munificentiam exerceat: haec proprie donatio appellatur.*

L. 9 § 3, D. 39, 5 Pomponius: *Donari non potest, nisi quod eius fit, cui donatur.* L. 1 § 1, D. 39, 5 Julianus: *Igitur cum dicimus inter sponsum et sponsam donationem valere, propria appellatione utimur et factum demonstramus, quod ab eo proficiscitur, qui liberalitatis gratia aliquid dat, ut confestim faciat accipientis nec umquam ullo facto ad se reverti velit.*

Die Schenkung einer Sache ist nur dann vorhanden, wenn dadurch dem Beschenkten das Eigentum zugewendet wird. War der Schenkende nicht Eigentümer der Sache, so vermindert sich sein Vermögen nicht und das Vermögen des Empfängers wird auf die beabsichtigte Art nicht vermehrt, m. a. W., es fehlen die Haupterfordernisse der *rerum donatio*, es ist keine *causa donationis* vorhanden. War der Schenkende aber Eigentümer der Sache, so wird auch der Beschenkte sofort Eigentümer der Sache. Die Ersitzung ist demnach ausgeschlossen. Eine *donatio rei*, also eine *causa donationis* schließt die Möglichkeit der Ersitzung aus. Die Schenkung einer fremden Sache ist keine *donatio*, keine *causa donationis.*

Auf Grund einer *donatio rei* kann eine Ersitzung nicht platzgreifen. Der Besitz *pro donato* bedeutet demnach den Besitz des Eigentümers der Sache *ex causa donationis rei.* Wenn also Paulus von einer *usucapio pro donato* spricht, so muß dies unbedingt etwas anderes bedeuten, als den Besitz *ex causa donationis.*[2]) Darauf weisen die Worte: *donationis causa res tradita est, donatum esse,* hin.

---

[2]) Fitting, 52, S. 10: „... der *titulus pro donato* = nur die unmittelbare Übergabe einer Sache schenkungshalber.“ David, S. 13: „. . . keineswegs ist also die Schenkung schlechthin, sondern die *traditio donationis causa* ist Erfordernis dieser Ersitzung.“

Donationis causa res tradita est ist nicht identisch mit dem *res donata est,* denn das letztere bedeutet eine wirkliche Schenkung, das erstere dagegen eine Übergabe einer Sache in liberaler Absicht. Es wird dadurch nur der *animus donandi* und die Tradition, also eine Handlung *cum animo donandi*[1]) ausgedrückt. *Donatum,* von *donare,* schenken, etwas *animo donandi* tun, bedeutet nur eine Handlung *cum animo donandi,* aber nicht die eigentliche *donatio* selbst.

Hätte Paulus sagen wollen, daß die Sache wirklich geschenkt wurde, so wäre ihm die Redewendung: *sed et donata esse oportet, cui res donata est,* viel näher gelegen. Er hat jedoch anstatt der Schenkung die schenkungshalber vorgenommene Tradition und das *donatum esse* gebraucht, um damit ausdrücken zu können, daß die Ersitzung nicht auf Grund einer Schenkung, sondern eines Schenkens stattfinden kann.

Dadurch erklärt sich, wie der Besitztitel *pro donato* entstand. Die Besitztitel *pro herede, pro suo, pro emptore* waren nach dem Willen der Person des Besitzers *tamquam heres, dominus, emptor* die Sache zu besitzen, konstruiert. Nach der *donatio* sollte der Besitz *pro donatione,* nach der Sache *pro donata,* nach der Person des Empfängers *pro donatario* heißen. *Pro donatario* eine Sache in Besitz nehmen zu wollen, muß den Willen, Eigentümer der Sache auf Grund der Schenkung zu werden, bedeuten, und zwar deshalb, weil die *donatio rei* den unentgeltlichen Eigentumsübergang bezweckt.

Es wäre dies nur eine *species* der *pro suo possessio* mit der Angabe des Grundes, aus dem dieser Wille, *pro suo* zu besitzen, entstand. Der Besitztitel *pro donato* ist jedoch dem *donatum* entnommen.

L. 29 pr., D. 39, 5 Papinianus: *Donari videtur, quod nullo iure cogente conceditur* (vgl. L. 82, D. 50, 17), alles was in der Absicht, *liberalitatem et munificentiam exercere,* geschieht. Wenn jemand eine Sache verschenkt, so ist sein Wille in erster Linie auf die Äußerung der Liberalität gerichtet und der Eigentums-

---

[1]) Fitting, 52, S. 17 Anm. 114. Bernhöft, Tit., S. 11: „Das Motiv des Gebers zur Tradition gibt dem Titel seinen Charakter."

übergang ist nur ein Mittel, wodurch dieser Zweck erreicht wird.[1])

Auf Seiten des Schenkers einer Sache bildet der Wille, seine Liberalität zu erweisen, die Hauptsache, nach diesem Willen heißt seine Handlung *donare.* Diesem Willen seitens des *donator (is qui donat)* entspricht vollkommen der Wille des Empfängers. Durch Annahme der geschenkten Sache zeigt er in erster Linie, daß er mit dem *animus donandi* des *donator* einverstanden ist, daß er sich von ihm beschenken läßt; die Annahme der Sache, die ihm sofort das Eigentum an der Sache verschafft, ist nur ein Mittel, um dieses Einverständnis auszudrücken.[2])

Dem *animus donandi* auf Seiten des Gebers entspricht auf Seiten des Empfängers der Wille, das Zugewendete als Liberalitätsbezeugung anzunehmen.[3]) Diesen Willen bedeutet der Besitztitel *pro donato.* L. 19 § 2, D. 39, 5 Ulpianus: *Non potest liberalitas nolenti adquiri.* (Vgl. L. 10, D. 39, 5.) *Voluntas liberali-*

---

[1]) Mayer, S. 26: „Sonach ist der eigentliche Wille des Tradenten, wie wir den konkreten Willen nennen können, stets auf ein Gesamtresultat gerichtet, welches sich zusammensetzt: 1. aus dem unmittelbaren Erfolge einer Handlung, dem Eigentumsübergang; 2. aus dem Zwecke, dem irgendwie beschaffenen Vorteil, der damit erreicht werden soll. (Vermögensvorteil; ein anderer Vorteil.)" S. 66: „Die *causa ex qua traditur* bezieht sich auf den Willen, der in der Tradition zu Tage tritt, die *iusta causa* aber auf die Tatsache der Tradition selbst." S. 172: „. . . *liberalitatem exercere,* diese Außerung liegt unmittelbar in der Tradition selbst. Die Tradition . . . Tatsache, aus welcher das Vorhandensein des *animus donandi* sich ergibt, die *iusta causa donationis.*" Klein, S. 44: „. . . daß nur der Konsens zweier Parteien, nur das zweiseitige Erwerbsgeschäft . . . als *causa possessionis* galt." Pernice: S. 406: „Daher muß (zur *iusta possessio*): 1. das dem Besitzerwerbe unterliegende materielle Rechtsgeschäft, Kauf, Schenkung, Zahlung, Vermächtnis in Ordnung, das heißt gewollt und gültig sein, und 2. der Besitz diesem Rechtsgeschäfte entsprechend, erworben werden, das heißt der Erwerb muß als Verwirklichung des in diesem Rechtsgeschäfte angestrebten wirtschaftlichen Zweckes erscheinen." S. 411: „Dazu ist notwendig, daß der Besitz mit dem Willen des bisher Berechtigten ergriffen wird."

[2]) Schirmer, S. 45: „Der subjektive Herrschaftswille muß, um sich objektiv zu verkörpern, erstens überhaupt ausgesprochen sein, zweitens ist nur die faktische Ausübung der gewollten Herrschaft, das heißt der Besitz die entsprechende Darstellung für jenen Willen."

[3]) Klein, S. 44, 410: „Die Sache, der Besitz mußte mit Zustimmung des Vormannes erlangt sein." Vgl. S. 415.

tatem sibi adquiri, ist eben im *pro donato* enthalten; deswegen besitzt man eine Sache nicht nur dann *pro donato,* wenn sie wirklich geschenkt wurde, sondern auch dann, wenn sie durch einen Akt der Liberalität, mit dem wir einverstanden waren, übergeben wurde.

Auch im Falle einer wirklichen *donatio* heißt der Besitz *pro donato,* weil dadurch die Liberalität erklärt und angenommen wurde, nicht aber deshalb, weil einerseits eine Verminderung, andererseits eine Vermehrung stattfand. Am besten drückt den Umstand, daß etwas aus Liberalität getan und angenommen wurde, das Wort *donatum* aus.

Donatum esse oportet: es soll wirklich die Liberalität geäußert werden[1]); *pro donato* besitzen heißt auf Grund der Liberalität einer anderen Person den Besitz der Sache erwerben und nicht auf Grund einer wirklichen *donatio,* die den Eigentumsübergang der Sache erfordert. Die *causa possessionis pro donato* ist dann vorhanden, wenn jemand in den Besitzerwerb der Sache seitens einer anderen Person *donandi animo* einwilligt[2]), zum Beispiel ihr selbst *donationis causa rem tradit.*

Da in dem Besitztitel *pro donato* die *voluntas liberalitatem accipiendi* enthalten ist, so ist auch hier das Erfordernis einer *causa possessionis pro donato* gerechtfertigt. Wenn jemand behauptet: ich besitze die Sache mit dem Willen, das Liberalitätsobjekt anzunehmen, so stellt sich dieser Wille *implicite* als Ausfluß des Willens einer anderen Person dar.

So wie das *emere* nur auf Grund des *vendere* möglich ist, so verhält es sich auch mit dem *pro donato possidere.* Ohne *animus donandi* einer Person erscheint die *voluntas accipiendi* der anderen Person unmöglich. Aus denselben Gründen wie bei der *possessio pro emptore* verlangt Paulus den Beweis der wirklichen Äußerung des *animus donandi,* um den Besitztitel *pro donato* zugeben zu können. Der *animus donandi,* die Tatsache der Äußerung desselben ist das Haupterfordernis, von dem der Besitztitel *pro donato* abhängt. Der *animus donandi* kann

---

[1]) Mayer, S. 172.

[2]) Klein, S. 354: „In der rechtsgeschäftlich zugestandenen Rechtsübertragung ist *implicite* auch der Besitzübergang konzediert."

durch verschiedene als Mittel dazu gebrauchte Handlungen geäußert werden.

Hat jemand eine Tradition der Sache hiezu gewählt, so ist der Besitzerwerb die Wirkung der Tradition und der Besitztitel die Wirkung des dadurch geäußerten *animus donandi.* Hat jemand einen Kaufvertrag und auf Grund dessen eine Tradition zur Äußerung des *animus donandi* gewählt, so bildet der Besitzerwerb eine Wirkung des Kaufes und der Tradition, der Besitztitel *pro donato* aber die Wirkung des dadurch geäußerten *animus donandi.*

L. 6, D. 41, 6[1]) Hermogenianus: *Donationis causa facta venditione non pro emptore, sed pro donato res tradita usucapitur.* Die Absicht zu schenken ist wichtiger als die Handlung, durch welche diese Absicht in die Außenwelt tritt; also nicht *pro emptore* nach der *causa emptionis,* sondern *pro donato* nach dem *animus donandi* wird der Besitz und die Ersitzung genannt. Beim Besitztitel *pro donato* ist der kausale Zusammenhang zwischen dem Willen des Erwerbers und dem Willen des Donators in dem Titel selbst ausgedrückt. *Pro donato* stammt von *donatum* und *donatum* von *donare,* von der Äußerung des *animus donandi* des Donators, also von der Handlung auf Seiten derjenigen Person, auf deren Willensäußerung der Besitzer seine *voluntas accipiendi* stützt.

Im Besitztitel *pro emptore* war noch der Wille des Erwerbers ausgedrückt, im Besitztitel *pro donato* ist der Wille des Donators enthalten, dadurch auch sprachlich die Tatsache des *donatum* hervorgehoben. Durch den Titel *pro donato* wird die *possessio* in zweifachem Sinne ausgedrückt: erstens, daß dieselbe mit dem Willen, die Liberalität einer anderen Person anzunehmen, entsteht, zweitens, daß dieser Besitzerwerb dem *donator* eben nur als Mittel zur Äußerung des *animus donandi* diente, weil er das Produkt des *animus donandi* ist und die Liberalität verkörpert. M. a. W. die *possessio pro donato* bedeutet den Besitz einer Sache, welcher als Ausdruck der Liberalität einer Person, mit Einwilligung dieser Person, auf

---

[1]) Dabelow, I., S. 339. Stintzing, S. 95, 102. Unterholzner-Schirmer, § 113, S. 385. Fitting, 52, S. 383 Anm. 191. David, S. 13. Mayer, S. 166.

Seiten des Erwerbers mit dem Willen, diese Liberalität anzunehmen, entsteht.

Durch das *pro donato possessio* wird gesagt, daß eine Person, um ihren *animus donandi* zu äußern, in den Besitzerwerb einer anderen Person einwilligte und daß diese andere Person, um ihren Willen *liberalitatem accipiendi* zu äußern, auf Grund dieser Einwilligung den Besitz der Sache begann.

Die *pro donato possessio* erfordert demnach eine Einwilligung zum Besitzerwerbe seitens eines Dritten als Mittel zur Äußerung des *animus donandi*. Jede Handlung, die eine Einwilligung zum Besitzerwerbe enthält, kann den *animus donandi* des Einwilligenden offenbaren, also sowohl die Tradition als allgemeinster Ausdruck einer Besitzübertragung, als auch der Kauf und die Tradition (L. 6, D. 41, 6).

Die *causa possessionis* liegt überall dort vor, wo eine Einwilligung zum Besitzerwerbe stattgefunden hat. Erfolgt diese Einwilligung, beziehungsweise die betreffende Handlung als Ausdruck der Liberalität, so wird sie zur *causa possessionis pro donato*. Auf Grund derselben kann der Besitz ohne den Titel *pro donato* begonnen werden, da er erst dann zum Besitze *pro donato* wird, wenn der Erwerber mit dem Willen, die Liberalität anzunehmen, den Besitz anfängt.

Aber auch hier ist der Wille des Besitzerwerbers durch die Tatsache der Äußerung des *animus donandi* insofern verdrängt, als der Besitz immer *pro donato* benannt wird, wenn er wirklich den Erfolg des *animus donandi* zeitigt. So wie der Besitz immer *pro emptore* genannt wird, wenn wirklich die *emptio valet* und *perfecta* ist — mag der Käufer darüber *in ignorantia esse* oder nicht *(contra si exstitit et ignoret,* L. 2 § 2, D. 41, 4) — so wird auch der Besitz immer *pro donato* benannt, wenn wirklich die *possessio donationis causa* seitens einer Person dem Erwerber gewährt wurde.

Die *causa possessionis pro donato* ist also eine behufs Äußerung des *animus donandi* einer anderen Person erteilte Einwilligung zum Besitzerwerbe einer Sache. Der auf Grund einer *causa possessionis pro donato* begonnene Besitz wird immer *pro donato* benannt. Umgekehrt reicht es nicht aus, etwas mit dem Willen *liberalitatem*

accipiendi in Besitz zu nehmen, wenn der Besitzerwerb nicht tatsächlich *animo donandi* bewilligt wurde. Es war überflüssig in L. 1 pr., D. 41, 6 von dem Willen des Empfängers zu sprechen, da die Hervorhebung des Erfordernisses der Existenz der *causa possessionis pro donato* dazu genügte. *Pro donato possidet* ein jeder, dem der Besitz als Ausdruck der Liberalität bewilligt wurde. Es genügt, wenn die Besitzeinwilligung *animo donandi (donatum esse)* geschah. Es genügt die *donationis causa facta venditio* (L. 6, D. 41, 6). Die dieser *venditio* entsprechende *emptio* ist an und für sich vorhanden, es war überflüssig, sie noch besonders hervorzuheben.

Die *donationis causa facta venditio* und die ihr entsprechende *emptio* waren also zum *pro donato* der L. 6 nicht notwendig, sondern es genügte die *donationis causa facta venditio* des *donator*. Der Besitztitel *pro donato* wurde von der Person des Besitzers gänzlich unabhängig gemacht, hängt einzig und allein von der Tatsache des *donatum* der anderen Person ab und wird nach dem *donatum* durch das „*pro*“ vertreten.

Zur Ersitzung ist nach Paulus erforderlich: der Besitz *pro donato* und die *bona fides*.[1]) Der Besitz *pro donato* ist von der *causa possessionis pro donato* unmittelbar abhängig; somit sind als Erfordernisse der Ersitzung die *causa possessionis pro donato* und die *bona fides* zu nennen.

Die Einwilligung zum Besitzerwerbe als Mittel zur Äußerung des *animus donandi* ist durch das Eigentumsrecht des Handelnden nicht bedingt. War der *donator* Eigentümer der Sache und wollte er durch das *donare rem* seine Liberalität erweisen, so wird der Empfänger sofort Eigentümer der Sache. Es kam eine wirkliche *donatio rei* zustande, die sowohl *causam acquirendi dominii* als auch *causam possessionis pro donato* enthält.

War der *donator* nicht Eigentümer der Sache, so kann der Empfänger kein Eigentum erwerben, es fehlt also eine *donatio rei*. Dazu ist noch die Ersitzung notwendig. Sie kann *pro donato*

---

[1]) Stintzing, S. 95: „Es ist überhaupt schwer, eine Anschauung von der *veritas* des *titulus pro donato* zu gewinnen, da ja das Wesen der Schenkung in einem rein innerlichen Moment besteht.“

stattfinden, wenn der Besitzer den *donator* für den Eigentümer der Sache hielt, da in dem *donare rem* zum mindesten die Einwilligung zum Besitzerwerbe als Ausdruck des *animus donandi* enthalten ist, somit also auch eine *causa possessionis pro donato*, eine *bonae fidei possessio pro donato* vorliegt.

L. 1 § 1 D. 41, 6 Paulus: *Si pater filio quem in potestate habet donet, deinde decedat, filius pro donato non capiet usu, quoniam nulla donatio fuit.* [Vgl. L. 31 § 2, D. 39, 5; L. 4, D. 41, 6; L. 2 § 2, D. 41, 5; L. 13, C. 6, 20; L. 11, C. 8, 54. Fr. Vat. 255, 260, 268, 272, 274, 294, 295, 296, 313. Paulus S. R. V., 11 § 3; L. 2, *Greg. Cod. famil. ercisc.*, 3, 5; L. 18, C. 3, 36.][1] Fr. Vat., § 260: *Filius emancipatus, cui pater peculium non ademit, res quidem pro donato, vel pro suo, quod iustam causam possidendi habet, usucapit.* . . . L. 31 § 2, D. 39, 5: *Pater, qui filiae, quam habuit in potestate, mancipia donavit et peculium emancipatae non ademit, ex post facto donationem videbatur perfecisse.* L. 11, C. 8, 54: *Cum de bonis tuis partem quidem penes te retinuisse, partem vero in eum quem in potestate habes donationis titulo contulisse commemores, non est incerti iuris in eum, qui in sacris familiae tuae remanet, destinationem magis paternae voluntatis factam, quam perfectam donationem pervenisse.*

Der Satz *quoniam nulla donatio fuit* (L. 1 § 1, D. 41, 6) sagt uns, daß damals als der Vater noch lebte und seinem Haussohne eine Liberalität erweisen wollte, die Äußerung dieser Liberalität rechtlich *nullum* war. Der Sohn hat damals mit Einwilligung des Vaters den Besitz der Sache begonnen, es war für seinen Besitzerwerb eine *causa possessionis* vorhanden, aber da eine Liberalität des Vaters gegenüber seinem Haussohne rechtlich nicht anerkannt wird, so scheint auch die zur Äußerung dieser Liberalität erteilte Einwilligung nicht *iusta* zu sein.

Der Besitz des Sohnes wird nicht *pro donato* fortgesetzt, weil er zwar mit Einwilligung des Vaters den Besitz erwarb, aber diese Einwilligung als Ausdruck des *animus donandi* vom

[1]) Thibaut, S. 92. Dabelow, I., S. 331. Kori, S. 109. Unterholzner-Schirmer, § 113, S. 386—390. Fitting, 52, S. 12, 13. Mayer, S. 174. Vangerow, § 320 Anm. 2, 2. Pernice, S. 396, 419.

Rechte nicht anerkannt wird. Die dem emanzipierten Sohne gegenüber geäußerte Liberalität wird aber vom Rechte anerkannt, er hat für seinen Besitz eine *iusta causa possessionis pro donato*, er wird im Glauben an das Eigentumsrecht des Vaters *pro donato* oder auf Grund des Glaubens, Eigentum durch Inbesitznahme erworben zu haben, *pro suo* ersitzen. *Quoniam nulla donatio fuit* bedeutet *quoniam donatum nullum est*, weil es eine *destinatio paternae voluntatis*, aber kein wirkliches *donare* ist.

Schon damals, als der Vater eine fremde Sache dem Sohne schenkte, war diese *donatio* keine *causa adquirendi dominii*, keine *donatio rei*, durch welche das Eigentumsrecht an der Sache vom *donator* auf den Empfänger übergegangen sein soll. Das Verbot der Liberalität ist der Grund, warum ein Schenken, *donare*, als Ausdruck der Liberalität nicht anerkannt wird, wodurch der Besitztitel *pro donato* wegen Mangels der *iusta causa possessionis pro donato* versagt wird.

Die Ersitzung *pro donato* gründet sich auf den gutgläubigen Besitz *pro donato*. Hier ist der Besitz *pro donato* nicht vorhanden, weil das *donatum* vom Rechte nicht anerkannt ist. Paulus S. R. V., 11 § 3: *Pater si filio familias aliquid donaverit et in ea voluntate perseverans decesserit, morte patris donatio convalescit.* Der *animus donandi (voluntas)* wird erst nach dem Tode des Vaters *convalescere*, wenn er seine Liberalität bis zum Tode nicht widerrufen hat. Nach dem Tode des Vaters geht zwar das Eigentumsrecht an der Sache über, aber die Usukapionsbefugnis kann, da zur Ersitzung die *origo nanciscendae possessionis exquirenda est*, nicht *morte patris convalescere*. Vielleicht erklärt sich dadurch der Unterschied zwischen L. 1 § 1, D. 41, 6 und S. R. V. 11 § 3. *Donare* kann nach dem Tode des Vaters *convalescere*, aber diese Konvaleszenz des *donare*, erst *morte patris*, kann nicht die Usukapionsbefugnis, die nur *initio possessionis* erworben werden kann, auf Grund der alten *causa possessionis* herstellen. (Vgl. Fr. Vat. § 296.)

L. 1 § 2, D. 41, 6 Paulus[1]): *Si inter virum et uxorem donatio facta sit, cessat usucapio. item si vir uxori rem donaverit et*

[1]) Kori, S. 109. Stintzing, S. 95. Unterholzner-Schirmer, § 100, S. 338, § 113, S. 390. Fitting, 52, S. 15. Mayer, S. 173. Bern-

divortium intercesserit, cessare usucapionem Cassius respondit, quoniam non possit causam possessionis sibi ipsa mutare: alias ait post divortium ita usucapturam, si eam maritus concesserit, quasi nunc donasse intellegatur. possidere autem uxorem rem a viro danatam Julianus putat. (Vgl. L. 3 § 2, L. 5, D. 24, 1; L. 16, D. 41, 2; L. 13 § 1, D. 5, 3.)

L. 44, D. 24, 1[1]) Neratius: *Si extraneus rem viri ignorans eius esse ignoranti uxori, ac ne viro quidem sciente eam suam esse, donaverit, mulier recte eam usucapiet. idemque iuris erit, si is, qui in potestate viri erat, credens se patrem familias esse uxori patris donaverit. sed si vir rescierit suam rem esse, priusquam usucapiatur, vindicareque eam poterit nec volet et hoc et mulier noverit, interrumpetur possessio, quia transiit in causam ab eo factae donationis. ipsius mulieris scientia proprius est, ut nullum adquisitioni dominii eius adferat impedimentum: non enim omnimodo uxores ex bonis vivorum, sed ex causa donationis ab ipsis factae adquirere prohibitae sunt.*

L. 24, D. 24, 1 Paulus: *Si inter exstraneos facta sit donatio et antequam per tempus legitimum dominium fuerit adquisitum, coierint, [vel contra si inter virum et uxorem facta sit donatio et ante impletum tempus supradictum solutum sit matrimonium], nihilo minus procedere temporis suffragium constat, quia [altero modo] sine vitio tradita est possessio, [altero quod fuerit vitium, amotum sit].*

L. 25, D. 24, 1 Terentius Clemens[2]): *Sed et si constante matrimonio res aliena uxori a marito donata fuerit, dicendum est confestim ad usucapionem eius uxorem admitti, quia et si non mortis causa donaverat ei, non impediretur usucapio. nam ius constitutum ad eas donationes pertinet, ex quibus et locupletior mulier et pauperior maritus in suis rebus fit: itaque licet mortis*

---

höft, Tit., S. 31. Vangerow, § 320 Anm. 2, 2. Klein, S. 296, 323 Anm. 95. Salkowski: Sklavenerwerb, S. 146 f. Pernice, S. 409, 419, 426 Anm. 3, 468 f.

[1]) Stintzing, S. 95, 100. Fitting, 52, S. 16, 417. Bernhöft, Tit., S. 30, 82, 86, 87; Bt., S. 28 Anm. 11, S. 29. Klein, S. 285 Anm. 8.

[2]) Glück, 24, S. 39 f. Savigny, III., S. 371 Anm. a. IV., S. 114 f. Stintzing, S. 81. Unterholzner-Schirmer, § 113, S. 390 f.

causa donatio interveniat, quasi inter extraneas personas fieri intellegenda est in ea re, quae quia aliena est usucapi potest.[1])

L. 26, D. 24, 1 Paulus: *Si eum, qui mihi vendiderit, iusserim eam rem uxori meae donationis causa dare et is possessionem iussu meo tradiderit, liberatus erit, quia, licet illa iure civili possidere non intellegatur*[2]), *certe tamen venditor nihil habet quod tradat.* (Vgl. L. 26 § 1, L. 1, L. 3 § 10, D. 24, 1).

L. 5 § 16, D. 24, 1: *ubicumque igitur non deminuit de facultatibus suis qui donavit, valet, vel, etiamsi deminuat, locupletior tamen non fit qui accepit, donatio valet.*

L. 3, D. 41, 6[3]) Pomponius: *Si vir uxori vel uxor viro donaverit, si aliena res donata fuerit, verum est, quod Trebatius putabat, si pauperior is qui donasset non fieret, usucapionem possidenti procedere.*

Aus obigen Stellen lassen sich für die Schenkung unter Ehegatten folgende Sätze konstruieren: Die Äußerung des *animus donandi* des Ehemannes zu Gunsten seiner Ehefrau ist nur dann verboten, wenn die Liberalität eine Minderung des Vermögens des Mannes enthält. Wird die verbotene Liberalität durch das Schenken einer Sache geäußert, so wird zwar dieser Handlung eine *causa possessionis* inliegen, aber ohne *iustus titulus*, ohne den Titel *pro donato;* die Frau wird zwar besitzen, aber nicht *iure civili*[4]), *vitiose, pro possessore.*

Wenn der Schenkende *pauperior non fit,* so ist die Liberalität nicht von dem Verbote affiziert, der *titulus* ist *iustus*, die *possessio pro donato* vorhanden, demnach die Ersitzung *pro*

---

[1]) Fitting, 52, S. 15 Anm. 109. Pernice, S. 485 Anm. 2.

[2]) Klein, S. 354. Pernice, S. 419 Anm. 4.

[3]) Savigny, IV., S. 113. Stintzing, S. 81. Unterholzner-Schirmer, S. 392 Anm. *. Fitting, 52, S. 15 Anm. 110. Vangerow, § 319 Anm., § 320 Anm. 2, 2. Bechmann, S. 282 Anm. 6. Klein, S. 291, 323 Anm. 95. Pernice, S. 470 Anm. 1.

[4]) Thibaut, S. 25: „Wenn die Gesetze den Rechtsgrund, vermöge dessen jemand besitzt, billigen, so heißt der Besitz *possessio iusta;* mißbilligen . . . *iniusta.*“ Scheurl, I., S. 191. Mayer, S. 4: „*iusta causa* ist eine Tatsache, welche einer anderen, die an sich der *aequitas* widerspricht, den Charakter der *aequitas* verleiht.“ Pernice, S. 405: „. . . daß *iniusta possessio* den unrechtfertigen Besitz, das heißt den auf gar keiner oder rechtlich nicht anerkannten (gemißbilligten) *causa* beruhenden Besitz bezeichnet.“

donato gerechtfertigt.[1]) Cassius hat auch nach einer Trennung *(divortium)* die Usukapionsbefugnis verneint, weil *initium* das *possessionis vitiosum erat;* dazu mußte der Mann die Sache nach der Trennung der Frau *concedere,* was als *nunc donare,* eine neue *causa possessionis* ergab. Paulus zitiert Cassius, er ist mit ihm derselben Ansicht; die L. 24, D. 24, 1 scheint uns nicht stichhältig zu sein. Sprachlich ist das *nihilo minus procedere* auch in dem Falle, wo Paulus ausdrücklich ein *vitium* als vorhanden annahm, sehr zweifelhaft. *Nihilo minus* = ungeachtet dessen ist widersinnig aus dem Grunde *quod fuerit vitium, amotum sit. Ita usucapturam . . . intellagatur* der L. 1 § 2, D. 41, 6 scheint viel richtiger zu sein als *quod . . . amotum sit* der L. 24, D. 24, 1 (nachdem die Mangelhaftigkeit des Besitzes erloschen ist, kann naturgemäß die Ersitzung **fortgesetzt** werden).

War ein *vitium possessionis* im Momente des Besitzerwerbes vorhanden, so kann eine Ersitzungsbefugnis nicht erworben werden, also auch nicht *(procedere)* fortgesetzt[2]) werden. Für die Ersitzung ist das *initium possessionis* maßgebend; *initium* war nach Paulus *vitiosum,* wie kann die spätere Tilgung des *vitium* zum *procedere* der schon *initio* nicht erworbenen Befugnis verhelfen? Verdächtig sind auch die Worte: *„tradita est“,* also Indikativ und *„amotum sit, „fuerit“*, Konjunktiv. Endlich scheint im zweiten Falle der Satz: *ante impletum tempus supradictum,* überflüssig zu sein, denn wenn ein *vitium* während der Ehe existierte, also muß es immer, ob während des *tempus legitimum* oder nicht, ob während des längeren oder kürzeren Zeitraumes, berücksichtigt werden.

Es bleibt nur übrig, entweder die L. 24, D. 24, 1 als Widerspruch zur L. 1 § 2, D. 41, 6, oder als interpoliert, oder das *procedere temporis suffragium* im Sinne von *usucapi potest* anzunehmen. (Siehe oben S. 12.) Als interpoliert würden die eingeklammerten Worte wegfallen.

---

[1]) Pernice, S. 469: „Daher ist die Hingabe in Schenkungsabsicht ein gültiges Rechtsgeschäft, . . .“ S. 470: „. . . kann der Satz *plus est in re, quam in existimatione* hier sehr gut angewendet werden.“

[2]) Stintzing, S. 86: *„procedere* = Fortsetzung einer schon begonnenen Usukapion.“

Procedere temporis suffragium, als *usucapi potest* aufgefaßt, wäre nur für die Eventualität des ersten Satzes mit *nihilo minus* zu verbinden. Erst dann, wenn auch das *nihilo minus* entfällt, scheint die Lex doch einen möglichen Sinn zu gewinnen. Sie würde lauten: *Si . . . solutum sit matrimonium, usucapi potest constat, quia (tunc) sine vitio tradita est possessio; vel (nunc) quod fuit vitium amotum est.*

Aus allen diesen Gründen scheint uns die L. 1 § 2, D. 41, 6 die Ansicht von Paulus besser und zuverlässiger wiederzugeben als die zweifelhafte L. 24, D. 24, 1.

Die Ersitzung *pro donato* stützt sich auf den Besitz *pro donato. Pro donato* als Besitztitel ist dem *donatum,* der Äußerung des *animus donandi,* entnommen. Hiezu können verschiedene Handlungen gewählt werden. Wenn in der Schenkung einer Sache der *animus donandi* der handelnden Person sich offenbaren soll, so ist die *donatio rei* nur dann vorhanden, wenn der *donator* das Eigentum an der Sache verliert, der Empfänger es erwirbt, widrigens keine *donatio rei,* aber doch ein *donare rem,* ein *donatum* entsteht. Die auf Grund des *donare* als sichtbare Wirkung der Liberalität des *donator* erworbene *possessio rei* heißt *pro donato* und kann in Begleitung der *bona fides* zur Ersitzung *pro donato* führen. Wo das *donare* schlechthin oder nur unter besonderen Verhältnissen vom Rechte nicht anerkannt wird, dort wird der auf Grund der Einwilligung der Person des Schenkers erworbene Besitz zwar eine *causa possessionis,* aber eine *causa iniusta, sine iusto titulo* haben, die Sache wird zwar besessen, aber die Usukapion wegen Mangels des Besitztitels als Anerkennung der Rechtmäßigkeit *(iusta)* der *causa,* der Liberalität, versagt.

Zur Ersitzung *pro donato* wird eine *iusta causa possessionis* erfordert, welche dem Besitze den *iustus titulus pro donato* verleiht. Der Besitz einer Sache, obwohl *bona fide* und mit Einwilligung einer anderen Person erworben, kann nicht zur Ersitzung führen, wenn ein *iustus titulus possessionis* fehlt. Zur Ersitzung *pro donato* ist die Tatsache des *donatum esse* das Haupterfordernis, von dem das Erfordernis der *causa possessionis*

pro donato herstammt und mit dem erst die *possessio* und die *bona fides* ihre Wirkung beginnen.

Die *causa possessionis*, als Einwilligung zum Besitzerwerbe, erhält ihre Anerkennung erst durch die Anerkennung des Titels. Der Sohn und die Frau besitzen, aber ihre *possessio* erscheint nicht *iure civili*, sie kann nicht zur Ersitzung führen[1]), weil es ein Besitz *sine iusto titulo pro donato* ist, was Julian und Ulpian durch das *pro possessore* und Paulus durch *cessat usucapio* bezeichnen. *Cessat usucapio*, das heißt: obwohl der Besitz, *causa possessionis* und *bona fide* vorhanden sind, muß die Usukapionsbefugnis wegfallen, weil das *donatum* nicht anerkannt wird. Es steht somit außer Zweifel, daß dem Besitztitel neben der *causa* ein Platz in der Ersitzungstheorie eingeräumt werden muß.

§ 5.

Pro dote.

Dos, Mitgift, ist alles, was dem Manne als Beitrag behufs Bestreitung der ehelichen Lasten zugewendet wird.

L. 3, D. 23, 3. Ulpianus: *Dotis appellatio non refertur ad ea matrimonia, quae consistere non possunt: neque enim dos sine matrimonio esse potest. ubicumque igitur matrimonii nomen non est, nec dos est.*

L. 7 § 3, D. 23, 3. Ulpianus: *Si res in dote (m) dentur, puto in bonis mariti fieri accesionemque temporis marito ex persona mulieris concedendam. fiunt autem res mariti, si constante matrimonio in dotem dentur. quid ergo, si ante matrimonium? si quidem sic dedit mulier, ut statim eius fiant, efficiuntur: enimvero si hac condicione dedit, ut tunc efficiantur, cum nupserit, sine dubio dicemus tunc eius fieri, cum nuptiae fuerint secutae. proinde si forte nuptiae non sequantur nuntio remisso, si quidem sic dedit mulier, ut statim viri res fiant, condicere eas debebit misso nuntio: enimvero si sic dedit, ut secutis nuptiis incipiant esse, nuntio remisso statim eas vindicabit. sed ante nuntium remissum si vindicabit, exceptio poterit nocere vindicanti aut doli aut in factum: doti enim destinata non debebunt vindicari.*

---

[1]) Thibaut, S. 92.

L. 8, D. 23, 3. Callistratus: *Sed nisi hoc evidenter actum fuerit, credendum est hoc agi, ut statim res sponsi fiant et, nisi nuptiae secutae fuerint, reddantur.* (Vgl. L. 9 pr., D. 23, 3; L. 17 § 1, D. 42, 5.)

Die Übergabe der *dos (dotis datio)* besteht darin, daß der Gegenstand der *dos* sofort und ohne vorgängiges Versprechen in das Vermögen des Mannes gebracht wird[1]. Wenn eine Sache zum Gegenstand einer Dosbestellung wird, so soll der Mann hiedurch das Eigentum an der Sache erwerben.

Die Dosbestellung einer Sache ist zur Übertragung des Eigentumsrechtes einer Sache bestimmt. Eine *causa dotis* ist nur dann vorhanden, wenn auf Grund derselben der Empfänger das Eigentum an der Sache sofort erwirbt. Wenn die Frau dem Manne eine fremde Sache *in dotem* übergibt, so ist darin zwar eine Einwilligung zum Besitzerwerbe, aber keine *causa dotis* enthalten, da diese *dotis datio* den gewünschten Erfolg, den Übergang des Eigentumsrechtes, nicht bewirken kann.

Die *causa dotis* ist keine Grundlage der Ersitzung *pro dote,* da auf Grund der *causa dotis* das Eigentum an den Mann sofort übergeht[2]. *Pro dote* ersitzen heißt demnach, nicht auf Grund der *causa dotis* ersitzen. Bei der Dosbestellung ist der Name *dos* durch die Ehe bedingt; wo die Ehe fehlt, *nec dos est.* Die *causa dotis* ist nur dann vorhanden, wenn die Ehe unter den handelnden Personen besteht und der Mann das Eigentum an der Sache erwirbt. Mangelt die Ehe, oder erwirbt der Mann nicht das Eigentum der Sache, so war keine *causa dotis* vorhanden.

Anders steht die Sache mit dem *titulus pro dote. Pro dote* handeln heißt etwas mit dem Willen tun, dem Manne die Bestreitung der ehelichen Lasten zu erleichtern. Der Wille der handelnden Person ist nur zu Gunsten des Ehemannes auf Bestreitung der ehelichen Lasten gerichtet, also unter der Bedingung der Ehe erklärt[3]. Zur Äußerung dieses Willens können verschiedene Akte als Mittel gewählt werden.

---

[1]) Baron, Pandekten, § 332.

[2]) David, S. 14.

[3]) Dabelow, I., S. 346: „Bei diesem Titel wird aber immer eine gültige Ehe vorausgesetzt.“ Stintzing, S. 94. Fitting, 52, S. 17 f. Mayer, S. 175.

Wenn dem Manne eine Sache *pro dote* übergeben wurde, so sind darin zwei Momente zu unterscheiden: der Wille, eine *dos* zu bestellen[1]) und der Wille, das Eigentum an der Sache zu übertragen.

Der letztere Wille wird durch den ersten Willen hervorgerufen, er ist nur ein Mittel, durch das der erste geäußert wird. Hauptsache ist der Wille, eine *dos* zu bestellen; von diesem Willen wird die Handlung *pro dote* genannt. Wurde zu diesem Zwecke eine Sache übergeben, so liegt in dieser Übergabe zum mindesten die Einwilligung zum Besitzerwerbe, welche als Ausfluß des Willens der Dosbestellung geäußert wurde. Der auf Grund dieser Handlung *pro dote* erworbene Besitz des Empfängers heißt *pro dote.*

Der Besitztitel *pro dote* stammt von dem Willen der handelnden Person, eine *dos* zu bestellen[2]). Die *causa possessionis pro dote* ist vorhanden, wenn jemand in der Absicht, eine *dos* zu bestellen, in den Besitzerwerb einwilligt. Mit den Worten des Paulus (L. 1 pr., D. 41, 6): *Pro dote is usucapit, cui dotis causa res tradita est: nec sufficit opinari, sed et in dotem actum esse oportet.* Die L. 1 pr., D. 41, 9[3]) von Ulpian: *Titulus est usucapionis et quidem iustissimus, qui appellatur pro dote, ut, qui in dotem rem accipiat, usucapere possit spatio sollemni, [quo solent qui pro emptore usucapiunt]*[4]), enthält in einfachen Worten unsere Ansicht. (Vgl. L. 1, C. 7, 28.)

Zur Ersitzung *pro dote* ist der *titulus pro dote* notwendig. Der *titulus pro dote* gebührt dem Besitzer, der den Besitz der Sache als Ausdruck des Willens einer Person, eine *dos* zu bestellen,

---

[1]) Mayer, S. 175: „Absicht für den ehelichen Haushalt zu geben."

[2]) David, S. 14: „Die Übergabe, rücksichtlich die Übernahme der Sache *dotis causa* ist das entscheidende Moment auch für diese Ersitzung."

[3]) Roßhirt, S. 12. Voigt, S. 197. Fitting, 52, S. 17: „Dieser Titel, bei welchem wiederum nicht an die Erfüllung eines Dotalversprechens, sondern bloß an die *datio dotis* zu denken, setzt außer der in der Absicht der Bestellung einer *dos* geschehenen Übergabe der Sache, überdies alles voraus, was zum Dasein einer *dos* gehört, das heißt das wirkliche Bestehen einer rechtsgültigen Ehe." Vgl. S. 20 f. David, S. 14. Mayer, S. 176, 231. Bernhöft, Bt., S. 24 Anm. 5. Klein, S. 295 Anm. 36, S. 297 Anm. 40, S. 310 Anm. 70.

[4]) Unterholzner-Schirmer, § 96, S. 325, § 112, S. 382.

erwarb. Dadurch ist die Notwendigkeit **der Mitwirkung** des Dosbestellers zum Besitztitel *pro dote* begründet.

Der Besitz, den man als Ausfluß des Willens einer anderen Person bezeichnet, erfordert zu seiner Anerkennung die wirkliche Äußerung desselben. Dadurch ist das Erfordernis der *causa possessionis pro dote* gerechtfertigt.

L. 1 § 2, D. 41, 9 Ulpianus[1]): *Et primum de tempore videamus, quando pro dote quis usucapere possit, utrum post tempora nuptiarum an vero et ante nuptias. est quaestio volgata, an sponsus possit (hoc est qui nondum maritus est) rem pro dote usucapere. et Julianus inquit, si sponsa sponso ea mente tradiderit res, ut non ante eius fieri vellet, quam nuptiae secutae sint, usu quoque capio cessabit: si tamen non evidenter id actum fuerit, credendum esse id agi Julianus ait, ut statim res eius fiant et, si alienae sint, usucapi possint: quae sententia mihi probabilis videtur. ante nuptias autem non pro dote usucapit, sed pro suo.* (Vgl. L. 1 § 2, coll.; L. 17 § 1, D. 42, 5.)

Wenn eine *sponsa* ihrem *sponsus* eine *dos* bestellen will und zu diesem Zwecke ihm eine Sache übergibt, so äußert sie dadurch den Willen, dem *sponsus* das Eigentum an der Sache zu übertragen und dadurch eine *dos* zu bestellen. Der Wille, das Eigentum zu übertragen, wird regelmäßig als ohne Bedingung der Eheschließung geäußert, betrachtet. Der Wille, eine *dos* zu bestellen ist nur unter der Bedingung der Eheschließung zu verstehen.

Regelmäßig erwirbt der *sponsus* sofort das Eigentum an der Sache. Den Namen „*dos*“ erhält die zu Eigentum schon erworbene Sache erst im Momente der Eheschließung. Der Titel *pro dote* gebührt der *possessio* erst von dem Zeitpunkte der Eheschließung an.

Wenn die *sponsa* mit dem Willen das Eigentum zu übertragen, dem *sponsus* eine fremde Sache vor der Ehe als *dos* gab, so

---

[1]) Thibaut, S. 94. Dabelow, I., S. 346 Anm. o. Stintzing, S. 94, 102. Unterholzner-Schirmer, § 96, S. 324, § 102, S. 349, § 123, S. 433 Anm. 424. Bechmann, Dotalrecht, II., S. 9. Fitting, 52, S. 20, 383 Anm. 191. David, S. 15. Mayer, S. 189. Bernhöft, Tit., S. 12, 30; Bt., S. 29. Klein, S. 287, 297 Anm. 40, 310 Anm. 70, S. 351. Pernice, S. 395. Dernburg, I., S. 514 Anm. 31.

gründet sich der Besitzerwerb des *sponsus* lediglich auf den Willen der *sponsa*. Der Eigentumserwerb findet zwar nicht statt, wohl aber der Besitzerwerb auf Grund der *causa possessionis*.

Der *sponsus* besitzt die Sache auf Grund der Einwilligung der *sponsa*, welche ihm die Sache mit dem Willen, Eigentum zu übertragen, übergab. Er folgt diesem Willen der *sponsa*, er nimmt die Sache seinerseits mit dem Willen an, das Eigentum an derselben zu erwerben. Dadurch gibt er seinen Willen zur Annahme der *dos* kund. Der Besitz mit dem obigen Willen ist die schon bekannte *possessio pro suo*. Auf Grund der *possessio pro suo* läßt Ulpian die *usucapio pro suo* vor der Ehe zu.

Vgl. Paulus, L. VIII., Resp.: *quamvis Julianus et ante nuptias res dotis nomine traditas usucapi pro suo posse existimaverit, et nos quoque idem probemus* . . . (Fr. Vat., § 111.[1]) Dadurch scheint die L. 1 § 2, D. 41, 9 der früher von uns geäußerten Ansicht über die *pro suo possessio* und *usucapio* zu widerstreiten.

In L. 67, D. 23, 3 hat eine Sklavin ihrem vermeintlichen Ehemanne eine Sache als *dos* übergeben. Der Mann konnte *pro suo possidendo usucapere*, da er die Sklavin für eine freie Person hielt. Die Usukapionsbefugnis wurde hier nicht wie in der L. 1 § 2, D. 41, 9 von dem Willen der Dosbestellerin, abhängig gemacht. Der Umstand, daß auch Paulus eine Ersitzung *pro suo* zuläßt, zwingt uns zur Annahme der Ersitzung *pro suo* der L. 1 § 2, D. 41, 9 nach Ansicht des Paulus.

Pro suo besitzen heißt mit dem Willen, Eigentum an der Sache durch Besitz zu erwerben, die Sache zu beherrschen. Dieser Wille kann sich auf den entsprechenden Willen einer anderen Person stützen oder auch ohne eine solche Grundlage gefaßt werden. Der Wille, Eigentum an der Sache zu erwerben, ohne daß dazu die Äußerung des Willens, das Eigentum durch Einwilligung zum Besitzerwerbe zu übertragen, erforderlich wäre, bildet den Stoff des Titels der *pro suo possessio* bei Neratius, Proculus und Pomponius.

Der Wille, Eigentum an der Sache zu erwerben, nur als Ausfluß des geäußerten Willens einer anderen Person, Eigentum an der Sache zu übertragen gemeint, bildet den Stoff des

[1]) Klein, S. 297 Anm. 40.

Titels der *pro suo possessio* bei Julian, Paulus und Ulpian. *Pro suo possessio* in diesem Sinne, erfordert die Existenz der *causa possessionis pro suo*, bezw. die wirkliche Einwilligung zum Besitzerwerbe als Ausdruck des *animus dominii transferendi*. In L. 1 § 2, D. 41, 9 ist wirklich der Besitz und die Ersitzung *pro suo* des *sponsus* durch den Willen der *sponsa*, Eigentum sofort oder unter der Bedingung der Eheschließung zu übertragen, m. a. W. durch die Existenz der *causa possessionis pro suo* bedingt. Dadurch ist die Entscheidung der L. 1 § 2, D. 41, 9 im Sinne des Paulus gegeben.

Es sei jedoch zugleich die Einschränkung der Ersitzung *pro suo* in dieser L. 1 § 2, D. 41, 9 hervorzuheben. Der Wille, Eigentum zu übertragen, und die als Ausdruck dieses Willens erworbene *possessio pro suo* sind allein nicht in dieser Lex enthalten, sondern der Wille, Eigentum zu übertragen, ist nur ein Mittel, wodurch der Wille, eine *dos* zu bestellen, verwirklicht werden soll. Nur als Nebenwille ist hier der Besitztitel *pro suo* gemeint, somit die *causa possessionis pro suo* und die Ersitzung *pro suo* nur als Begleiterin der Ersitzung *pro dote* zugelassen. Für sich allein wird hier die bloße Äußerung des *animus dominii transferendi* der *sponsa* und des *animus dominii accipiendi* des *sponsus* in Form einer Besitzübertragung nicht anerkannt.

Das Resultat ist: die L. 1 § 2, D. 41, 9 bildet einen ausnahmsweise unter der Hülle[1]) der Ersitzung *pro dote* zugelassenen, der Ansicht des Paulus entnommenen Ersitzungsfall *pro suo*, durch welchen die Existenz der *causa possessionis pro suo*

---

[1]) Mayer, S. 190: „Wo also um einer Ehe willen *(dotis causa)* gegeben wird, kann die *traditio* auch ohne daß die Ehe wirklich besteht, eine *traditio ex iusta causa* sein, sofern nur die Absicht des Gebers feststeht, wegen der künftigen Ehe zu geben: die Erklärung dieser Absicht bildet für jetzt die *iusta causa*. Sonach hätten wir hier einen unbenannten Titel mit folgenden Bestandteilen: 1. Tradition mit *animus accipiendi dominii*, Handlungs- und Erwerbsfähigkeit auf Seite des Empfängers; 2. Erklärung des Gebers wegen einer künftigen Ehe desselben zu geben." Windscheid-Kipp, I., S. 818: „Unter den einzelnen Ersitzungstiteln ist bei weitem der wichtigste die Übergabe der Sache zum Zwecke der Eigentumsübertragung. Diese Übergabe wird jedoch als solche in den Quellen nicht als Ersitzungstitel bezeichnet, sondern es wird die Bezeichnung von der Absicht hergenommen, auf welcher der Wille, Eigentum zu übertragen, beruht."

begründet wird. Auf eine Ausnahme bezieht sich das *probabilis videtur* des Ulpian und das *probemus* des Paulus.

L. 1 § 3, D. 41, 9: *Constante autem matrimonio pro dote usucapio inter eos locum habet, inter quos est matrimonium: ceterum si cesset matrimonium, Cassius ait cessare usucapionem, quia et dos nulla sit.* § 4. *Idem scribit et si putavit maritus esse sibi matrimonium, cum non esset, usucapere eum non posse, quia nulla dos sit: quae sententia habet rationem.*[1])

Ulpian führt den Cassius als seinen Gewährsmann an. §§ 3 und 4 entsprechen vollkommen der Ansicht von Paulus. Der Wille, einem Ehemann die Bestreitung der Lasten der Ehe zu erleichtern, ist selbstverständlich nur unter der Bedingung der Existenz der Ehe anzunehmen. *Est matrimonium,* dann *pro dote usucapio locum habet;* mangelt, *cessat matrimonium,* dann mangelt, *cessat usucapio,* da auch die *dos* fehlt. Der irrtümliche Glaube an die Existenz der Ehe, also an die Existenz der Dosbestellung, muß ebenso wie der Glaube an die Existenz einer *causa emptionis,* des *donatum,* unberücksichtigt bleiben.[2])

L. 2, D. 41, 9 Paulus: *Si aestimata res ante nuptias tradita sit, nec pro emptore nec pro suo ante nuptias usucapietur.*[3]) Im Lichte der L. 10 § 4, D. 23, 3 Ulpianus: *Si ante matrimonium aestimatae res dotales sunt, haec aestimatio quasi sub conditione, est: namque hanc habet condicionem, si matrimonium fuerit secutum. secutis igitur nuptiis aestimatio rerum perficitur et fit vera venditio.* § 5. . . . *nam cum sit condicionalis venditio,* . . . . *quia nondum erat impleta venditio, quia aestimatio venditio est.* Die L. 2 wurde somit nach den Regeln der Ersitzung *pro emptore* entschieden. L. 2 § 2, D. 41, 4: *Si sub condicione emptio facta sit, pendente condicione emptor usu non capit,* paßt auch nicht weniger dazu.

Die L. 2, D. 41, 9 bestätigt auch die Ersitzung *pro suo* der L. 1 § 2, D. 41, 9. Nach Ausscheidung der Worte *aestimata, nec pro emptore nec,* bleibt der Satz: *si res ante nuptias tradita*

---

[1]) Fitting, 52, S. 410.

[2]) Thibaut, S. 94. Unterholzner-Schirmer, § 112, S. 383 f. Fitting, 52, S. 383.

[3]) Thibaut, S. 94. Fitting, 51, S. 8 Anm. 10, S. 18; 52, S. 18 Anm. 116, S. 20 Anm. 119, S. 383 Anm. 191. David, S. 14. Mayer, S. 176.

sit, pro suo ante nuptias usucapietur. Da in L. 2 *aestimata res ante nuptias est* und eine solche Art der Dosbestellung der *conditionalis venditio* gleicht, so ist ersichtlich, daß auch in L. 2 der Wille, Eigentum zu übertragen, *evidenter* (L. 8, D. 23, 3) durch den Abschluß der Ehe bedingt ist. Nach Abzug dieser evident eingeschlossenen Bedingung (der *aestimatio)* bleibt die Regel, daß der Dosbesteller wollte, *ut statim res eius (viri) fiant,* wodurch auch der Besitz und die Ersitzung *pro suo* gerechtfertigt erscheinen.

In der L. 2 D. 41, 9 wird das *tradita sit* ebenso wie in L. 1 pr., D. 41, 6 von Paulus gebraucht. Somit dürfte die Ansicht des Paulus über die Erfordernisse der Ersitzung *pro dote* außer Zweifel gestellt worden sein. Zur Ersitzung *pro dote* ist der Besitz *pro dote* erforderlich. Der Besitz *pro dote* ist nur dann vorhanden, wenn jemand zum Ausdrucke des Willens, eine *dos* zu bestellen, dem Empfänger den Erwerb des Besitzes bewilligt. Da der Wille, eine *dos* zu bestellen, nur unter der Bedingung der Ehe geäußert wird, so bildet das Erfordernis der Existenz der Ehe die unerläßliche Veraussetzung desselben.

L. 3, D. 41, 9[1]) Scaevola: *Duae filiae intestato patri heredes exstiterunt et mancipia communia singulae in dotem dederunt et post aliquot annos morte patris familiae herciscundae iudicium inter eas dictatum est. quaesitum est, cum mariti bona fide mancipia in dotem accepta ut dotalia multis annis possederunt, an usucepisse videantur. si qui accipiebant, dantis credidissent esse, respondit nihil proponi, cur non usucepissent.* Diese Stelle ist ein Beispiel der Ersitzung *pro dote,* welches das Erfordernis des Titels zur Ersitzung außer Zweifel stellt.

Die Worte: *Bona fide, mancipia in dotem accepta, ut dotalia, multis annis, possederunt, si qui accipiebant, dantis credidissent esse,* enthalten alle Ersitzungserfordernisse. *Bona fide* und *dantis credidissent esse* bezeichnen den guten Glauben, *multis annis* bedeutet die Ersitzungszeit, *possederunt* den Besitz, *accepta, accipiebant, dantis,* die Einwilligung zum Besitzerwerbe geäußert durch die Tradition, *in dotem, ut dotalia* endlich den Besitztitel *pro dote,* als Ausdruck des Willens, eine *dos* zu bestellen und eine *dos* anzunehmen. *Ut dotalia possidere* erinnert an das *tamquam heres utatur,* Gai II., § 166.

[1]) Stintzing, S. 66. Klein, S. 293.

§ 6.

Pro legato.

§ 1, I. 2, 20: *Legatum itaque est donatio quaedam a defuncto relicta.* L. 36, D. 31 Modestinus: *Legatum est donatio testamento relicta.* L. 116, D. 30 Florentinus: *Legatum est delibatio hereditatis, qua testator ex eo, quod universum heredis foret, alicui quid collatum velit.*

Das *legatum* gehört zu jenen Rechtsgeschäften, welche auf die unentgeltliche, freiwillige Zuwendung eines Vermögensvorteiles gerichtet sind. Ein Legat als letztwillige Liberalität auf Kosten der Erbschaft ist nur dann vorhanden, wenn wirklich jemand starb und seinen Willen *alicui quid conferre* äußerte.

Der Wille, jemandem auf den Todesfall eine unentgeltliche Zuwendung zu machen, wird durch den Tod der handelnden Person bedingt.[1]) Vor dem Tode der Person wird dieser Wille nicht anerkannt; so wie der Wille, eine *dos* zu bestellen, nur mit Rücksicht auf die Ehe geäußert wird, so ist der Wille, ein Vermächtnis zu errichten, durch den Tod der Person bedingt. Das Vermächtnis mag formlos oder solenn errichtet worden sein *(per vindicationem, sinendi modo, per praeceptionem, per damnationem)*, es bleibt immer eine Äußerung des oben erwähnten bedingten Willens, denn der eigentliche Kern bei jedem Vermächtnis liegt eben im Willen der Person. Der Inhalt der Vermächtnisse kann sehr mannigfaltig sein; jedoch alle Handlungen und Geschäfte, welche zur Realisierung der Liberalität notwendig sind, bilden nur Mittel dazu und erhalten von diesem Hauptwillen ihre Existenz und ihr Leben.

Hat der Erblasser jemandem das Eigentum an einer Sache vermacht, so ist darin der Wille enthalten, dem Bedachten das Eigentum an der Sache zu übertragen, um den Hauptwillen zu äußern. Da der Erblasser seinen Willen nicht persönlich realisieren kann, geht diese Pflicht auf den Beschwerten über. Jede

---

[1]) Mayer, S. 177, 181: „. . . den Eigentumswillen als einen positiven Bestandteil des *titulus pro legato* zu fordern, so folgt mittelbar auch, daß das Bewußtsein von dem Ableben des Testators zum Titel gehört, weil ohne dieses der Eigentumswille nicht entstehen kann.“

Handlung des Beschwerten zur Realisierung des Willens des Erblassers ist demnach nur eine weitere Folge dieses Willens und leitet ihre Existenz und Anerkennung nur von diesem Willen ab.

Wenn der Beschwerte zu diesem Zwecke dem Honorierten eine Sache übergibt, so äußert er dadurch seinen Wilien, seine Pflicht zu erfüllen, um den Willen des Erblassers zu realisieren. Die Einwilligung zum Besitzerwerbe seitens des Beschwerten ist als Mittel zur Offenbarung und Realisierung des Willens des Erblassers gänzlich von diesem Willen abhängig. Der Empfänger der Sache erklärt durch die Inbesitznahme derselben, daß er die Liberalität des Erblassers annehme, seine Inbesitznahme ist nur ein Mittel zur Äußerung des auf Annahme der Liberalität des Erblassers gerichteten Willens.

Der Besitztitel *pro legato* erfordert demnach eine *causa possessionis pro legato,* das heißt die Einwilligung des Beschwerten als Ausdruck des Willens des Erblassers. Wer eine Sache *pro legato* zu besitzen behauptet, der sagt *implicite,* daß ihm jemand ein Vermächtnis überließ und daß er den Besitz als Realisierung dieses Willens aus der Hand der dazu berufenen Person (des Beschwerten) erwarb. Der Wille, für jemanden ein Vermächtnis anzuordnen, ist bezüglich seiner Realisierung von dem Tode der Person abhängig. Zur *possessio pro legato* ist demnach der Tod des Erblassers erforderlich.

L. 5, D. 41, 8 Javolenus: *Ea res, quae legati nomine tradita est, quamvis dominus eius vivat, legatorum tamen nomine usucapietur.* L. 6 Pomponius: *si is, cui tradita est, mortui esse existimaverit.*[1]) Es sind vier Personen im Tatbestande dieser Stelle zu unterscheiden: *„mortui“*, der gestorbene = C; *„dominus eius vivat“*, der lebende Eigentümer der Sache = D; der Tradent = A; der Empfänger = B. A übergibt dem B die Sache des D als ihm von C legierte. Wenn B an das Eigentumsrecht des C ehrlich glaubte, so kann er *pro lejato* ersitzen.

---

[1]) Roßhirt, S. 11 Anm. 18. Stintzing, S. 93 Anm. 84. Böcking, § 146, § u, S. 93 Anm. 36, § 147, § b, S. 103 Anm. 10, 12. Unterholzner-Schirmer, § 115, S. 385 Anm. 400, S. 396 Anm. 402. Fitting, 51, S. 9; 52, S. 37, 413, 414. David, S. 21. Mayer, S. 180. Bernhöft, Tit., S. 29, Bt., S. 56. Klein, S. 285 Anm. 11, S. 311 Anm. 71, S. 323 Anm. 95, S. 348.

Ea res, quae legati nomine tradita est, ist nicht identisch mit *ea res legata, quae tradita est,* sondern ein Gegensatz dazu; der Jurist will eben hervorheben, daß etwas, das nicht legiert wurde, nur unter dem Namen *legati* tradiert wird. C ist gestorben, hat aber dem B kein Vermächtnis zurückgelassen. A erweckt durch die Tradition der Sache *legati nomine* beim *B* die Meinung, daß C ihm ein Vermächtnis errichtet habe, daß diese Tradition nur zur Realisierung des Willen des C geschehe und A dazu berufen sei.

B nimmt die Sache als legierte in Besitz, mit dem Willen, die Liberalität des C durch die Inbesitznahme anzunehmen; er betrachtet die seitens des A geäußerte Einwilligung zum Besitzerwerbe als Einwilligung des C, in der ihn A nur vertreten soll. M. a. W. er nimmt eine *causa possessionis pro legato* als vorhanden an und hat auch nach dem Sachverhalte der Stelle einen genügenden Rechtfertigungsgrund für seinen Irrtum.

L. 6 enthält nur die *bona fides* als Glaube an das Eigentumsrecht des Erblassers. L. 5 enthält einen Fall der Ersitzung *pro legato* ohne *causa possessionis pro legato,* im Sinne der L. 33 § 1, D. 41, 3 und L. 11, D. 41, 4 Julians. Die Stelle kann demnach lauten: *si iustam causam habuerit existimandi sibi a domino rem legatam esse, pro legato usucapiet.* Das *a domino* ist in der L. 6, der Rest in der L. 5 enthalten. *Quamvis dominus eius vivat* dient zur Betonung, daß eine Sache des noch Lebenden *pro legato* ersessen werden kann, was lebhaft an die L. 3, D. 41, 5 erinnert, wo eine *res non hereditaria* als *hereditaria* ersessen werden konnte.

L. 5 und 6 haben mit der L. 1, D. 41, 5 nichts gemeinsam, da diese nach der Erbrechtsersitzung und jene nach der Eigentumsersitzung *pro legato* beurteilt werden müssen. In L. 5 und 6 ist keine *pro suo*-Ersitzung enthalten, da erstens Javolen ausdrücklich vom *usucapere legatorum nomine (titulo)* spricht, zweitens als *bona fides* nicht der Glaube *dominium sibi adquiri,* sondern der Glaube *rem mortui esse* bezeichnet wird. Der Wille und der Glaube *dominium sibi adquiri* sind natürlich nach der Regel des Pomponius L. 3, D. 41, 10: *quia ipsa traditio ex causa (legati), quam veram esse existimo, sufficit . . . possideam* auch möglich, aber in unserem Falle ist diese

possessio pro suo nur Nebenwille, durch den Hauptwillen des Empfängers, eine Sache als Legat anzunehmen und zu besitzen, hervorgerufen.

L. 5 und 6 haben aber mit der L. 4 § 2, D. 41, 10 einen nur annähernd ähnlichen Tatbestand. In L. 4 § 2 wird vom Erben A dem Legatar B eine nicht legierte Sache übergeben, aber *perperam*[1]) und in L. 5 *legati nomine*. *Perperam* als Gegensatz zu *legati nomine* kann nur die Übergabe der Sache ohne die ausdrückliche Bemerkung, daß die Tradition zur Realisierung des Willens des Erblassers geschehe, bedeuten. Der Legatar hat in einer solchen Übergabe nur eine *iusta causa existimandi dominium sibi adquiri*, infolgedessen kann er *pro suo* ersitzen.

In L. 5 glaubt der Empfänger *ex iusta causa, rem sibi legatam esse*, in L. 4 § 2 glaubt der Legatar *dominium sibi adquiri;* in beiden wird ein *non legatum* übergeben, aber einmal *legati nomine* dem Nichtlegatar, das anderemal dem Legatar *perperam.*

Der Empfänger erklärt durch Annahme des Vermächtnisses, daß er den Willen des Testators, ihm eine Liberalität zu erweisen, seinerseits annimmt. Zur Äußerung des Willens, ein Vermächtnis zu errichten und ein Vermächtnis anzunehmen, war im römischen Rechte die *testamenti factio* erfordert; eine Bestätigung hiefür findet sich in L. 7, D. 41, 9 Javolens: *Nemo potest legatorum nomine* (unter dem Titel, Namen *pro legato) usucapere nisi is, cum quo testamenti factio est, quia ea possessio ex iure testamenti proficiscitur.*

In dem letzten Satze *quia . . . proficiscitur* setzt Javolen unsere Behauptung außer Zweifel, daß die *possessio* die dem Empfänger der Beschwerte bewilligt, nur ein Mittel zum Ausdruck der Liberalität des Erblassers ist, daß sie ferner nur durch die Existenz des letzten Willens des Erblassers hervorgerufen wurde und besteht und daß sie endlich nicht die Tilgung der eigenen Schuld des Beschwerten, sondern die Realisierung des Willens des Erblassers eben durch diese *solutio* eigentlich darstellt und deswegen nicht *pro soluto*, sondern nur *pro legato* betitelt werden kann.

---

[1]) Mayer, S. 181: fälschlich, unrichtig. Vgl. L. 40 pr., D. 12, 6; L. 9, D. 13, 5; L. 26 § 1, D. 23, 4.

L. 8, D. 41, 9 Papinianus: *Si non traditam possessionem ingrediatur sine vitio legatarius, legatae rei usucapio competit.* (Vgl. L. 1 § 2, 11, 12, 14, D. 43, 3.) Es wurde eine Sache wirklich dem A *(legatarius)* vermacht *(legatae rei).* Nach dem Tode des Erblassers nimmt A eigenmächtig *non vitiose*[1]) *(sine vitio)* die Sache in Besitz, um dadurch den Willen des Erblassers zu realisieren. Die legierte Sache war nicht Eigentum des Erblassers, aber A glaubt irrtümlich, daß es so ist. Er kann *pro legato* ersitzen, weil er *bonae fidei* ist und eine *causa possessionis pro legato* hat.

Die Tradition der L. 5, D. 41, 8; L. 4 § 2, D. 41, 10; L. 1 § 2, D. 41, 9; L. 1 pr., D. 41, 6 ist in dieser L. 8, D. 41, 8 ausdrücklich verneint *(non traditam possessionem ingrediatur),* wodurch außer Zweifel gestellt wird, daß die Tradition nur eine Vermittlungshandlung[2]), aber kein essentiales Erfordernis zur Erlangung der Usukapionsbefugnis ist, daß sie weiters nur zur Äußerung des Willens der handelnden Person, des Schenkers, des Dosbestellers, des Verkäufers, des Erblassers gewöhnlich geschieht, aber nicht geschehen muß und daß endlich als *causa possessionis, pro emptore, pro donato, pro dote, pro legato,* jede Handlung angesehen werden kann, die den entsprechenden Willen verkörpert, ob sie nun in der Handlung des Verkäufers, Schenkers, Dosbestellers, Beschwerten **und** des Empfängers, oder nur in der Handlung des Empfängers, in einer *emptio* und *traditio* (L. 6, D. 41, 6) oder bloß in der *traditio* oder im *ingressus* des Empfängers (L. 8, D. 41, 9) besteht, wenn nur auf Grund derselben der Besitz erworben und der obige Wille realisiert wird[3]). (Vgl. L. 31, D. 41, 1.)

---

[1]) Dabelow, I., S. 327: fehlerhaft-heimlich, gewalttätig oder bittweise. Fitting, 52, S. 38. David, S. 25. Bernhöft, Tit., S. 29. Klein, S. 352.

[2]) Scheurl, I., S. 190. David, S. 7 Anm. 4: „. . . die Tradition notwendiger Bestandteil der Ersitzung". Mayer, S. 183. Klein, S. 346: „. . . ein Hilfsakt ohne juristischen Gehalt." S. 412: „. . . im Moment der Tradition, das heißt des mit Zustimmung des Vorbesitzers vor sich gehenden Besitzerwerbes." Pernice, S. 411. Chlamtacz, Übereignungsart durch Tradition, 1897, S. 19, 191. Dernburg, I., S. 497: „. . . die Form oder der Modus der Veräußerung = die Tradition."

[3]) Klein, S. 352: „Die dem Usukapienten vom bisherigen Besitzer rechtsgeschäftlich zugedachte Sache muß endlich faktisch mit der Zustim-

L. 1, D. 41, 9 Ulpianus: *Legatorum nomine is videtur possidere cui legatum est: pro legato enim possessio et usucapio nulli alii, quam cui legatum est, competit.* L. 2 Paulus: *Si possideam aliquam rem, quam putabam mihi legatam, cum non esset, pro legato non usucapiam:* L. 3 Papinianus: *non magis quam si quis emptum existimet, quod non emerit*[1]). Diese Stellen enthalten die Regel über den Besitz und die Ersitzung *pro legato* gemäß der Ansicht des Paulus [L. 2 pr., D. 41, 4; L. 1 pr., D. 41, 6; L. 1 pr., D. 41, 9 Ulpian].

Der Besitztitel *pro legato* erscheint tatsächlich vom Willen des Erblassers abgeleitet *(cui legatum est).* Die Tatsache, daß jemand einer Person ein Vermächtnis zuwenden wollte, ist ausreichend[2]) und notwendig, um den als Realisierung dieses Willens erworbenen Besitz *pro legato* betiteln zu können. Im *legatum est* liegt die Bedingung und der Stoff für den Besitztitel[3]). Der irrtümliche Glaube darüber ist irrelevant. Durch den Besitztitel *pro legato* erscheint ebenso wie durch die Besitztitel *pro emptore, donato, dote* der Umstand hervorgehoben, daß der Besitz auf Grund einer fremden Willensäußerung ausgeübt wird, daß also eine *causa possessionis pro legato* notwendig ist.

Über die *causa* erwähnen wir die L. 4, D. 41, 9 Paulus: *Pro legato potest usucapi, si res aliena legata sit, aut testatoris quidem sit, sed adempta codicillis ignoratur: in horum enim persona subest iusta causa, quae sufficit ad usucapionem. idem potest dici et si in nomine erit dubitatio, veluti si Titio legatum sit, cum sint duo Titii, ut alter eorum de se cogitatum existimaverit.*

---

mung des Autors in den Besitz des Usukapienten gekommen sein. Solcher Besitzerwerb ist selbständige Ersitzungsbedingung neben der *causa.*" Vgl. L. 5, D. 41, 2; L. 7 § 16, D. 6, 2; S. 412.

[1]) Kori, S. 109. Stintzing, S. 92. Unterholzner-Schirmer, § 115, S. 395. Fitting, 52, S. 33, 34. David, S. 22. Mayer, S. 178. Bernhöft, Tit., S. 16; Bt., S. 33 Anm. 9. Klein, S. 293, 333, 347. Pernice, S. 403 Anm. 4, S. 408 Anm. 3, S. 503 Anm. 7.

[2]) Bernhöft, Tit., S. 12: „. . . das charakteristische ist bei allen diesen Titeln die *causa traditionis*, die Absicht des Tradenten bei der Tradition, derselbe will entweder einen Kaufvertrag oder eine andere Verpflichtung erfüllen oder eine *dos* bestellen oder schenken."

[3]) Mayer, S. 209: „Handlung des Legierens."

(Vgl. L. 3 § 7, D. 34, 4; L. 9 pr., D. 34, 5; L. 34 pr., D. 35, 1; L. 2, D. 34, 8; L. 31, D. 40, 4; L. 4, C. 6, 23.) L. 9 Hermogenianus: *Pro legato usucapit, cui recte legatum relictum est: sed et si non iure legatum relinquatur vel legatum ademptum est, pro legato usucapi post magnas varietates optinuit.*[1])

In L. 4 ist in den Worten *si res legata sit, si Titio legatum sit,* die Tatsache der Errichtung des Vermächtnisses, der Äußerung des bezüglichen Willens als ausreichender *iusta causa usucapionis pro legato* angeführt. Ob *res aliena aut testatoris est,* ist für den Bestand des Besitz- und Ersitzungstitels *pro legato* gleichgültig. Der Satz *pro legato potest usucapi si legatum sit*[2]), enthält in einfachster Form die Ansicht von Paulus.

Zum Ausdruck des Willens zum *vendere, donare* einer Sache als *dos dare* war keine Form erforderlich. Die Errichtung des Vermächtnisses geschah, wie bekannt, anfangs in Form eines *legatum,* erst später in jener eines *fideicommissum.* Jedes Legat mußte als eine streng zivile Verfügung in solenner Form vermacht worden sein. Der Mangel der Form hatte die Nichtigkeit der Verfügung zur Folge.

Neben die Legate tritt in der Kaiserzeit das formlose *fideicommissum.* Die Entwicklungsgeschichte zeigt, daß die Unterschiede beider Errichtungsarten größtenteils schon vor Justinian im Laufe der Kaiserzeit ausgeglichen und von Justinian aufgehoben wurden. Die *voluntas* des Erblassers hat über den *rigor iuris* den Sieg davongetragen. Maßgebend für die Beurteilung, ob ein *legatum* vorliegt, ist die Tatsache, daß der Wille des Vermachens geäußert wurde, und nicht die Form.[3])

---

[1]) Thibaut, S. 94. Kori, S. 110. Roßhirt, S. 29. Stintzing, S. 92, 118, 122. Savigny, III., S. 374 Anm. i). Unterholzner-Schirmer, § 115, S. 396 Anm. 401. Fitting, 52, S. 33, 36, 39, 41. David, S. 24, 37. Mayer, S. 178, 209. Bernhöft, Tit., S. 28; Bt., S. 20, 54. Klein, S. 295, 296, 297 Anm. 41, 298, 299. Pernice, S. 403, 408: „. . . also wird der Hauptnachdruck auf die äußere Erscheinung des Rechtsgeschäftes im gültigen Testamente auf sein formales Dasein gelegt.“ Vgl. S. 504.

[2]) Klein, S. 296: „Ersitzung *pro legato* nur auf Grund ausdrücklicher, auf die bestimmte Person lautender Legatsanordnung.“

[3]) David, S. 25: „Es war zur Ersitzung nur mehr notwendig, daß tatsächlich legiert worden sei“. Mayer, S. 146.

Bevor es zu dieser freieren Auffassung kam, war die Anerkennung des Willens des Erblassers von der Anerkennung der Form abhängig. Bei einem Mangel der Form wurde der Wille des Erblassers als nichtig betrachtet. Die Spuren dieser Entwicklung finden sich auch in der Ersitzung *pro legato*.

Anfangs blieb der Wille des Vermachens unberücksichtigt, wenn er nicht *recte* geäußert wurde.[1]) Später, *post magnas varietates* der Vermächtnislehre, fand der Wille des Vermachens seine Anerkennung ohne Rücksicht auf die Form. Wenn nur ein *legatum* vorlag, ob *recte* oder *non iure*, war schon der Besitztitel *pro legato* gerechtfertigt. Wenn nur wirklich legiert war, so konnte der Besitzerwerber auf Grund dessen *pro legato* besitzen und ersitzen, wenn er vom Widerruf keine Kenntnis hatte: ein Fall des *plus est in existimatione, quam in re*, also *hic idem plus sit in re, quod est in existimatione mentis*. Durch Nichtbeachtung der Form und Berücksichtigung der *voluntas* des Vermachens allein wurde die Ersitzung *pro legato* den anderen Ersitzungsarten *(species usucapionis)* gleichgestellt.[2])

Es ist selbstverständlich, daß der Besitz und die Ersitzung *pro legato* erst nach dem Tode desjenigen, von dem das Vermächtnis herrührt, begonnen werden können, da der Wille des Vermachens nur für den Todesfall gefaßt wurde und daher erst mit dem Tode des Vermachenden berücksichtigt werden kann.

Die Ersitzung *pro legato*[3]) erfordert außer dem guten Glauben an das Eigentum des Erblassers den Besitz *pro legato*. *Pro legato* als Besitztitel bedeutet, daß der Besitz der Sache als Realisierung des Willens des Erblassers, dem Besitzer ein Vermächtnis zuzuwenden, erworben wurde.

---

[1]) Fitting, 52, S. 27: „. . . bei diesem Titel nur an die *legata per vindicationem* und *per praeceptionem* gedacht werden dürfe.“ Bernhöft, Bt., S. 31. Pernice, S. 407 Anm. 1.

[2]) Fitting, 52, S. 28: „. . . eine *usucapio pro legato* im älteren Recht überhaupt nur und im J. R. wenigstens regelmäßig nur auf Grund eines ungültigen Legates denkbar ist.“ Vgl. S. 39, 413, 414.

[3]) Dabelow, I., S. 340. Roßhirt, S. 11: „Der *titulus pro legato* gehört . . . in Wahrheit zu den Titeln, welche unter dem Namen *pro tradito* zusammengefaßt werden können.“

Dazu ist die Äußerung dieses Willens notwendig, der Besitz muß diesem Willen entsprechend erworben werden, kurz, die Existenz einer *causa possessionis pro legato* ist unerläßlich. Durch den Besitztitel *pro legato* wird der ausgeübte Besitz als Ausfluß des Willens einer anderen Person bezeichnet und demgemäß die Existenz dieses Willens als Erfordernis der *causa possessionis* gerechtfertigt.

Pro legato enim possessio et usucapio nulli alii, quam cui legatum est, competit. Die als Realisierung des *legatum est* erworbene *possessio* kann die Ersitzungsbefugnis *pro legato* begründen. Nicht ein gültiges, rechtskräftiges Vermächtnis, sondern die Äußerung des Willens zu vermachen, nicht ein *legatum* als **Vermächtnis,** sondern ein *legatum* als Tatsache des **Vermachens** bildet die *iusta causa, quae sufficit ad usucapionem.* Die *voluntas testatoris* und nicht die Form ist entscheidend.

§ 7.

Pro derelicto.

Der Besitztitel *pro derelicto* ist von *derelictum* abgeleitet. *Derelinquere* bedeutet: den Besitz der Sache aufgeben, eine Sache verlassen, sich vom Besitz derselben zurückziehen, das tatsächliche Besitzverhältnis auflösen, auf den weiteren Besitz verzichten, um dadurch den Willen des Preisgebens zu offenbaren.[1] Die Handlung der Person ist nur ein Mittel zur Äußerung des Willens zum Preisgeben.

Selbstverständlich kann nur derjenige derelinquieren, der die tatsächliche physische Herrschaft über die Sache besessen hat. Dereliktion ist die Auflösung des natürlichen Besitzverhältnisses zur Sache in der Absicht des Preisgebens.

Über die Absicht des Preisgebens vergleiche man § 47, I. 2, 1: *Qua ratione verius esse videtur et, si rem pro derelicto a domino habitam occupaverit quis, statim eum dominum effici. pro derelicto autem habetur, quod dominus ea mente abiecerit, ut id rerum suarum esse nollet, ideoque statim dominus esse desinit.* § 48. *Alia causa est earum rerum, quae in tempestate*

[1]) Bernhöft, Bt., S. 36. Klein, S. 202.

maris levandae navis causa eiciuntur. hae enim dominorum permanent, quia palam est eas non eo animo eici, quo quis eas habere non vult, sed quo magis cum ipsa nave periculum maris effugiat. (Vgl. L. 9 § 8, L. 58, D. 41, 1.)

Der *animus rem non habere* ist der Wille der handelnden Person. *Habere* ist im allgemeinsten Sinne des Wortes und in keinem spezifischen zu nehmen; das ist dasselbe *habere,* bezüglich dessen sich der Verkäufer[1]) verpflichtet, dem Käufer es zu *licere.* Ebenso ist die Absicht im § 47 allgemein zu verstehen. (Vgl. L. 1 § 4, L. 17 § 1, L. 30 § 4, L. 44 § 2, D. 41, 2; L. 1 § 25, D. 43, 16.)

Derelictio, derelictum ist da vorhanden, wo der bisherige natürliche Besitzer der Sache *cum animo rem non habere* den Besitz aufgibt, wo die Auflösung des Besitzverhältnisses eben diese Absicht verkörpern soll und bloß ein Mittel zur Realisierung dieses Willens ist. Der Wille *rem non habere* bildet einen Gegensatz zum *animus possidendi.* L. 4, C. 7, 32. *Licet possessio nudo animo adquiri non potest, tamen solo animo retineri potest. Si igitur desertam praediorum possessionem non derelinquendi adfectione transacto tempore non coluisti, sed ex metus necessitate culturam eorum distulisti, prae iudicium tibi . . . generari non potest.*

Solo animo retineri potest, weil *non derelinquendi adfectione . . . non coluisti,* der *animus possidendi* gleicht also dem *animus non derelinquendi* und steht dem *animus derelinquendi* entgegen.

Dieser Absicht *rem non habere* ist im § 48 der *animus quo magis . . . effugiat* entgegensetzt. Der Wille *rem non habere* ist Hauptsache, alles andere, was dabei mitfolgt, ist Nebensache. In den §§ 47, 48 wird von einer Dereliktion seitens des Eigentümers gesprochen. Der Satz *pro derelicto . . . desinit* ist nach allgemeiner Ansicht die legale Definition der Dereliktion, aber mit Unrecht. Dafür liefern auch die Quellen, obwohl in denselben am häufigsten von der Dereliktion des Eigentümers die

[1]) Scheurl, I., S. 207: „Der gewöhnlichen Dereliktion liegt eine rein negative Absicht zu Grunde; die Sache nicht mehr haben zu wollen.“ Klein, S. 417: „. . . ein Verhältnis des Habens der Sache, das als *possidere* zu qualifizieren . . . keinem Bedenken unterliegen kann.“

Rede ist (vgl. L. 9 pr., D. 4, 2; L. 7 § 2, L. 15 § 21, D. 39, 2)[1]), keine genügende Begründung.

L. 64, D. 7, 1 Ulpianus: *Cum fructuarius paratus est usum fructum derelinquere, . . . parato fructuario derelinquere usum fructum*... Die Stelle spricht vom *derelinquere* der Servitut.

L. 15 § 35, D. 39, 2 Ulpianus: *Si quis metu ruinae decesserit possessione, si quidem, cum adiuvare rem non posset, id fecit, Labeo scribit integrum ius eum habere, perinde ac si in possessione perseverasset: quod si, cum posset succurrere, maluit relinquere, amisisse eum praetoris beneficium neque, si postea succurri sibi velit, audiendum eum. Cassius autem ait, si metu ruinae recesserit, non hoc animo, ut aedificia derelinqueret, restituendum in possessionem* . . . Diese Stelle spricht von der *decessio possessione*, vom *animus derelinquendi*, von der *recessio metu ruinae*, das heißt *salutis causa*, wovon die *restitutio in possessionem* und erst als weitere Folge die Integrität des *ius* abhängt. Der *animus derelinquendi, adfectio derelinquendi* (vgl. L. 4, C. 7, 32) wird allgemein als bei jedem Menschen möglich angeführt. Die *decessio, recessio possessione* dient zur Äußerung des *animus derelinquendi* oder des *metus (salutis causa)*.

L. 2, D. 48, 23 Ulpianus: *Si deportatus restitutus dignitatem quidem indulgentia principis reciperavit, in sua autem omnia bona non est restitutus, nec a creditoribus nec publico nomine conveniri potest. sed cum ei facultas oblata esset a principe bona quoque sua reciperandi, maluerit ea derelinquere, actionibus exuere se, quibus ante sententiam subiectus fuerat, non poterit.* (Vgl. L. 36, D. 45, 3.)

Dies ist ein Fall der Dereliktion seitens des Nichteigentümers, ein Verzicht nicht auf das Eigentumsrecht, sondern auf die *facultas reciperandi.* In diesem Fragmente ist die *voluntas rem non habere* im allgemeinen Sinne des Wortes *habere*, in einer anderen Anwendung, nämlich als Verzicht auf die Möglichkeit des Rückerwerbes des früher uns gehörigen Vermögens gebraucht.

Derelinquere bedeutet den Verzicht; eine Sache *derelinquere* heißt durch Besitzaufgabe den Willen *rem non habere velle*

---

[1]) Klein, S. 402: „Ulpian erwähnt in 15 § 21, D. 39, 2 unter dem Schlagworte *iusta causa* das *pro derelicto habere.*"

äußern. Die Handlung der Besitzaufgabe ist nur ein Mittel zur Äußerung dieses Willens. *Derelictum* ist der Name der Tatsache, daß jemand etwas *habere nolit.* In Bezug auf eine Sache ist es die Konstatierung der Tatsache, daß jemand eine Sache *habere nolit* und zu diesem Zwecke, in dieser Absicht den Besitz der Sache aufgab.

In den Quellen kommt der Ausdruck *rem pro derelicto habere*[1]) in verschiedener Variante vor. Es ist fraglich, ob die Wendungen *rem derelinquere* und *rem pro derelicto habere* identisch, oder doch verschieden sind. Die Redewendung *pro . . . habere* eine Sache, ist auch in L. 32 pr., D. 41, 3 von Pomponius enthalten: *Si fur rem furtivam a domino emerit et pro tradita habuerit, desinet eam pro furtiva possidere et incipiet pro suo possidere.*

Rem pro tradita habere bedeutet eine Sache für tradiert halten, als übergeben betrachten. (*Pro suo possessio* bedeutet in L. 32 pr., D. 41, 3 den Besitz des Eigentümers.)

Rem pro derelicto habere muß demnach heißen, eine Sache als preisgegeben betrachten, als derelinquiert ansehen. Die Dereliktion einer Sache enthält zwei Momente: die Handlung und den Willen *rem non habere.* Hauptsache ist der Wille, Nebensache die Handlung, durch welche der Wille geäußert wird.

Die Handlung konzentriert sich in der Auflösung des tatsächlichen Verhältnisses zwischen Person und Sache. Äußerlich liegt der Erfolg der Dereliktion in der Besitzlosigkeit der Sache. Der Zustand der Besitzlosigkeit einer Sache kann durch verschiedene Ursachen hervorgerufen werden und ist keine nur der Dereliktion eigentümliche Wirkung. Jede *res derelicta* ist eine besitzlose Sache, aber nicht umgekehrt. *Rem pro derelicto habere* bedeutet demnach, die Sache für mit Willen des bisherigen Besitzers besitzlos halten, m. a. W. den Zustand der Besitzlosigkeit der Sache als Ausfluß des Willens des bisherigen Besitzers annehmen. (Vgl. L. 2 § 39, D. 43, 8: . . . *qui pro derelicto reliquit id opus quod fecit. . . . Pro derelicto relinquere* = willkürlich auf den weiteren Besitz verzichten.)

---

[1]) Gimmerthal, S. 536: „*pro derelicto habere*" bedeutet niemals nur „*possessionem rei derelinquere*", sondern ist der stehende Ausdruck für „das Eigentum an einer Sache preisgeben durch das Medium der Besitzentäußerung." Fitting, 52, S. 24—26.

In L. 32 pr., D. 41, 3 hat der Käufer die Sache wirklich gekauft, das heißt der Verkäufer hat ihm die Fortsetzung des schon vorhandenen Besitzverhältnisses wirklich bewilligt, was durch das *pro tradita habuerit* angedeutet ist.[1]) Es wurde jene Handlung, die zur Realisierung des Willens des Verkäufers am besten verwendet werden konnte, fingiert[2]), als geschehen angenommen, aber nicht die Einwilligung zum Besitzerwerbe, der wirklich geäußerte Wille des Verkäufers.

Im *pro derelicto rem habere* wird auch ein Bindeglied fingiert, aber nicht die Handlung, bezw. der Zustand der Besitzlosigkeit[3]) der Sache, sondern der Wille des letzten Besitzers gerichtet auf das *rem non habere. Rem pro derelicto habere* bedeutet demnach eine wirklich besitzlose, vom letzten Besitzer preisgegebene, das heißt mit dem Willen zum *non habere* in den Zustand der Besitzlosigkeit versetzte Sache. Wenn eine Person *rem pro derelicto habet,* so ist das nur eine subjektive Meinung dieser Person.

Wenn jedoch von einer Sache im allgemeinen, ohne Bezug auf die Meinung der bestimmten Person, gesagt wird *„res pro derelicto habita“*, so kann es nur den Sinn haben, daß die Sache schlechthin objektiv als eine mit Willen des bisherigen Besitzers besitzlos gelassene betrachtet wird, gleichgültig, ob der bisherige Besitzer wirklich die Sache derelinquierte, ohne *voluntas rem non habere* den Besitz aufgab oder gegen seinen Willen den Besitz der Sache verlor.

In den Quellen ist überall die Rede von einer *res pro derelicto habita* anstatt *res derelicta,* was aus einem wichtigeren Grunde geschieht, als es den Anschein hat. Eine *res* ist *derelicta,* wenn sie wirklich der letzte Besitzer mit dem Willen *non habere* preisgab. Es muß der Wille des letzten Besitzers und die Handlung als Ausfluß dieses Willens außer Zweifel gestellt werden, um eine *res „derelicta“* nennen zu können. Die Schwierigkeit der Prüfung vergrößert sich, wenn eine vertretbare kleine Sache lange Zeit besitzlos war. Die Prüfung ist manchmal ausgeschlossen, wenn man den letzten Besitzer nicht auffinden kann.

---

[1] Pernice, S. 429. Chlamtacz, S. 168.

[2]) Klein, S. 473.

[3]) David, S. 26.

Anders steht die Sache mit der *res pro derelicto habita;* hier wird nicht der Wille und die Handlung des letzten Besitzers, ob er nämlich wirklich so handelte oder nicht, geprüft und hiemit auch die Untersuchung nach der Person desselben abgebrochen, sondern die Sache wird nach der Lage, in der sie gefunden und vom Erwerber in Besitz genommen wurde, für derelinquiert oder nicht derelinquiert erachtet. Wenn zum Beispiel ein neuer Rock im Kaffeehaus von einer unbekannten Person zurückgelassen wird, so wird er schwerlich als derelinquiert betrachtet werden können.

Wenn jedoch jemand auf der Straße eine zur Hälfte abgebrannte Zigarre findet und in Besitz nimmt, dann wird jeder zugeben, daß die Sache für derelinquiert gehalten werden durfte. Die tatsächlichen Umstände, in denen sich die Sache befindet, wie Beschaffenheit, Wert, Zustand, Ort, Alter, entscheiden darüber, ob die Sache *pro derelicto habita est* oder nicht[1]). Nicht nach dem letzten Besitzer und seinem Willen *rem non habere,* sondern nach dem Zustande, in dem sich die besitzlose Sache objektiv befindet, ist die Sache *pro derelicto habita. Res pro derelicto habita* ist eine besitzlose — ob wirklich derelinquierte oder wirklich nicht derelinquierte, das ist gleichgültig — objektiv als derelinquiert angesehene Sache, was nicht von der Dereliktion oder Nichtdereliktion des letzten Besitzers abhängt, sondern nach dem Zustande, der Lage der besitzlosen Sache beurteilt wird.

Die Prüfung, ob eine Handlung der Besitzaufgabe *cum animo non habere* oder ohne diesen geschah, ist, da sie mit dem subjektiven Elemente zu tun hat, viel schwieriger als die Konstatierung nach den objektiven Merkmalen, ob die besitzlose Sache für preisgegeben gehalten werden soll und darf oder nicht. Die Quellen enthalten nur eine negative Bestimmung, wann *res pro derelicto haberi non potest.*

§ 48, I., 2, 1: *Alia causa est earum rerum, quae in tempestate maris levandae navis causa eiciuntur.* (Vgl. L. 9 § 8, D. 41, 1)...

---

[1]) Bernhöft, Tit., S. 13, Bt., S. 36. „. . . die eigenmächtige Besitzergreifung *(occupatio)* ist auch gerechtfertigt, wenn die in Besitz genommenen Sachen ihrer Natur nach unter den vorliegenden Umständen herrenlos gefunden zu werden pflegen, beziehungsweise in der Tat herrenlos sind."

qua de causa si quis eas fluctibus expulsas vel etiam in ipso mari nactus lucrandi animo abstulerit, furtum commisit (Vgl. L. 43 §§ 4—11, D. 47, 2.) L. 21 § 1, D. 41, 2: *Quod ex naufragio expulsum est, usucapi non potest, quoniam non est in derelicto, sed in deperdito*[1]. (Vgl. L. 58, D. 41, 1; L. 2, § 8, L. 8, D. 14, 2.) § 2. *Idem iuris esse existimo in his rebus, quae iactae sunt: quoniam non potest videri id pro derelicto habitum, quod salutis causa interim dimissum est.* (Vgl. L. 4, C. 7, 32; L. 5, C. 7, 34.)

Es wird nicht nach dem Schiffe, das manchmal aus fremden Ländern kommend nur vorübersegelt, gefragt, ob aus ihm *in tempestate maris levandae navis causa* wirklich etwas ausgeworfen wurde, sondern nach dem Umstande, daß die Sachen *fluctibus expulsae* oder noch *in mari* sind, wird die Annahme der Dereliktion ausgeschlossen. Die Sache ist nicht als preisgegeben, sondern als verloren zu betrachten; nach der Lage, in der sie gefunden wird, wird auf den Willen *salutis causa rem interim dimittere* und nicht auf den Willen *non habere* geschlossen.

Der Eigentumserwerb in § 47, J. 2, 1 ist in den Worten: *Si rem . . . desinit* dargestellt. In dem Satze *rem pro derelicto a domino habitam* kann *dominus* nur den letzten Besitzer bedeuten. Das Eigentumsrecht des letzten Besitzers ist Bedingung des Eigentumserwerbes des Okkupanten. *Habitam* umfaßt außer dem *pro derelicto* nicht auch das *a domino*, die Sache wird nicht als vom Eigentümer preisgegeben, sondern nur als überhaupt preisgegeben betrachtet, denn sonst würde sofort die schwierige Prüfung der Person des Eigentümers auftauchen.

Es wird nur der Wille *rem non habere* beim letzten Besitzer fingiert, bezw. als vorhanden angenommen, aber nicht der Zustand der Besitzlosigkeit der Sache oder das Eigentumsrecht des letzten Besitzers, da die letzten zwei Erfordernisse objektiv notwendig sind, um vom Eigentumserwerbe des Okkupanten reden zu können. Vielleicht ist das *habitam* von dem *pro derelicto* durch das *a domino* deshalb getrennt, um die Erfordernisse des Eigentumserwerbes außer Zweifel zu stellen. Dann würde *habitam* einen doppelten Sinn haben, erstens *habere:* etwas für

[1] Fitting, 52, S. 413.

... halten, also eine für preisgegeben gehaltene Sache, zweitens *habere:* etwas haben, besitzen, also eine zuletzt vom Eigentümer gehaltene (besessene) Sache. *Habere* kommt im gewöhnlichen, allgemeinen Sinne des Habens im § 48, I., 2, 1 vor.

Auch sprachlich findet sich demnach im § 47 eine Unterstützung für unsere Meinung, daß das *a domino* den letzten Besitzer der Sache bedeute und das Hauptgewicht nicht bloß auf sein Eigentumsrecht, sondern auch auf den Umstand, daß er zuletzt die Sache hatte *(habitam)*, gelegt wird. Im Satze *rem pro derelicto a domino habitam* sind die Erfordernisse des Eigentumserwerbes kurz zusammengefaßt: es muß eine zuletzt vom Eigentümer besessene Sache objektiv für preisgegeben gehalten werden. Der gewöhnlich für eine Legaldefinition[1]) angesehene Satz *pro derelicto ... nollet* bildet für uns nur einen beispielsweise angeführten häufigen Fall der Dereliktion, worauf das *habetur* und der Zweck der Institutionen als eines Lehrbuches für Schüler hinweisen.

L. 1, D. 41, 7 Ulpianus: *Si res pro derelicto [a nobis] habita sit, statim nostra esse desinit*[2]) *et occupantis statim fit, quia isdem modis res desinunt esse nostrae, quibus adquiruntur.* (Vgl. L. 43 § 5, D. 47, 2.) L. 2 Paulus: *Pro derelicto rem a domino habitam si sciamus, possumus adquirere*[3]). § 1. *Sed Proculus non desinere eam rem domini esse, nisi ab alio possessa fuerit*[4]): *Julianus desinere quidem omittentis esse, non fieri autem alterius, nisi possessa fuerit, et recte.*

In L. 1 ist im Anfangssatze *a nobis* einzusetzen, um den Sinn nach § 47, I., 2, 1 zu ergänzen: wenn unsere zuletzt von uns besessene Sache für preisgegeben gehalten wird, *statim* ...

---

[1]) Stintzing, S. 95: „Derelinquieren kann nur der Eigentümer.“ S. 96: „. . . das Preisgeben von seiten eines Unberechtigten ist daher ein ganz bedeutungsloser Akt.“ Böcking, § 146, S. 94 Anm. 42. Unterholzner-Schirmer, § 114, S. 394. Fitting, 52, S. 25 Anm. 128, S. 413. Gimmerthal, S. 535 Anm. 14, S. 536. Mayer, S. 147 f., 183. Bernhöft, Tit., S. 31, Bt., S. 37. Delbrück, Jahrb. d. gem. Rs., Bd. 3, S. 43. Klein, S. 349.

[2]) Böcking, § 180, § f, S. 128 Anm. 27—30, S. 129.

[3]) Schirmer, Zeitschr., Bd. XV., S. 218 Anm. 5. Gimmerthal, S. 537, 540. Chlamtacz, S. 188 Anm. 2.

[4]) Klein, S. 435 Anm. 51. Chlamtacz, S. 195 Anm. 2.

adquiritur. Modis bedeutet den Vergleich zwischen der *occupatio* als Erwerbsart und dem Verluste des Eigentumsrechtes in der L. 1, D. 41, 7. Bei der *occupatio* nimmt der Okkupant die Sache in Besitz mit dem Willen *rem habere,* in der L. 1, D. 41, 7 hat der Besitzer den Besitz verloren und dabei wird sein Wille *rem non habere* fingiert. *Occupatio* führt zum Eigentumsrechte nur an einer *res nullius,* der Besitzverlust macht die Sache zu einer *res nullius* nur dann, wenn der Eigentümer den Besitz zuletzt verlor.

Paulus drückt sich korrekter aus, indem er wörtlich den Satz des § 47, I., 2, 1 wiederholt. Man kann eine vom Eigentümer zuletzt besessene und für preisgegeben gehaltene Sache sofort, nachdem man es erfahren hat, zu Eigentum erwerben.

Proculus wollte die Eigentümer in Schutz nehmen und das Eigentumsrecht bis zum Momente der Inbesitznahme seitens einer anderen Person aufrecht erhalten. Dieses Streben nach Schonung der Eigentümer beweist am besten, daß die Wendung *res derelicta* und *pro derelicto habita* nicht identisch sind, daß eine Sache manchmal gegen den Willen des Eigentümers *pro derelicto habita est* und daß es die *aequitas* verlangte, ihm (dem Eigentümer) nach Möglichkeit Schutz zu gewähren. Julian ist jedoch gegen dieses Bestreben aufgetreten, ihm folgen Paulus und Ulpian.

Der Besitztitel *pro derelicto* beinhaltet demnach, daß jemand eine besitzlose, für preisgegeben gehaltene Sache in Besitz nahm. Dadurch wird der Zustand der Besitzlosigkeit der Sache als Ausfluß des fremden Willens betrachtet, der Besitz als Ausnützung des durch den fremden Willen verursachten Zustandes dargestellt. Wer seinen Besitz *pro derelicto* nennt, will damit sagen, daß die Sache im Momente der Inbesitznahme besitzlos war und als vom letzten Besitzer preisgegeben betrachtet wurde. Die *causa possessionis pro derelicto* ist vorhanden, wenn eine Sache für besitzlos und objektiv für preisgegeben gehalten wird. Ob sie im Momente der Inbesitznahme für preisgegeben angesehen wurde, darüber entscheiden die tatsächlichen Umstände, in denen sich die Sache damals befand.

Der Besitzer muß seinen Besitzerwerb und die begleitenden Umstände, also die Besitzlosigkeit der Sache und den Zustand,

in dem sie damals von ihm gefunden wurde, beweisen; die Anerkennung, daß die Sache unter diesen Umständen für preisgegeben erachtet werden durfte, obliegt dem Richter. Der beste Beweis wird natürlich durch den Beweis der wirklich vom letzten Besitzer vorgenommenen Dereliktion geliefert. Der Besitzer ist jedoch nicht verpflichtet, den manchmal wegen Unkenntnis der Person des letzten Besitzers ihm unmöglichen Beweis zu liefern; es ist ausreichend, wenn er die Umstände, unter denen er die Sache in Besitz nahm, anführt und beweist, was die Annahme der Besitzlosigkeit und die Meinung, die Sache sei preisgegeben, als begründet erscheinen läßt.

Der Besitz *pro derelicto* kann demnach nur auf Grund einer *causa possessionis pro derelicto* erworben werden, da durch den Titel *pro derelicto* der Umstand hervorgehoben wird, daß der Besitzer die Besitzlosigkeit der Sache ausnützte, welche durch die als vorhanden angenommene Äußerung des fremden Willens *rem non habere* verursacht war. Wird die besitzlose Sache nicht *pro derelicto* gehalten, also die Äußerung des oben erwähnten fremden Willens, als nicht vorhanden, verneint, so kann der Besitz an der besitzlosen Sache nicht *pro derelicto* betitelt werden.

Der Besitztitel *pro derelicto* ist vom *derelinquere* als Ausdruck des Willens *rem non habere* abgeleitet. Wo das *derelinquere* nicht angenommen wird, dort ist auch der Titel *pro derelicto* unbegründet. Somit scheint der Besitztitel *pro derelicto* gleich den bisher erörterten Besitztiteln behandelt worden zu sein. So wie das *pro donato, legato, dote* vom *donare, legare, in dotem dare,* wurde auch das *pro derelicto* vom *derelinquere* abhängig gemacht, mit dem Zusatze, daß hier nicht nur die wirkliche Dereliktion, der wirklich geäußerte Wille des letzten Besitzers *rem non habere,* sondern auch die fingierte, als vorhanden angenommene ausreicht.

So wie durch den Titel *pro donato, legato, dote* der Besitz als Ausfluß eines fremden Willens bezeichnet wird, so wird auch durch den Besitztitel *pro derelicto* der Besitz nach seiner Quelle, nach dem fremden Willen bezeichnet und ist durch die Existenz oder Annahme dieses Willens bedingt. Somit erscheint auch die Notwendigkeit der Annahme der Dereliktion des letzten Besitzers, der *causa possessionis pro derelicto* zum Besitz *pro derelicto* gerechtfertigt.

Causa possessionis pro derelicto ist die Annahme der Dereliktion des letzten Besitzers, wofür die Besitzlosigkeit unter anderen Umständen den hauptsächlichsten Indizienbeweis liefert. Nicht eine wirkliche[1]) Dereliktion des letzten Besitzers, sondern die Annahme derselben ist die *causa possessionis pro derelicto.*

Zur Ersitzung *pro derelicto* ist die *bona fides* und die *possessio pro derelicto* notwendig. Zur *possessio pro derelicto* ist nach Ansicht des Paulus die *causa possessionis pro derelicto* erforderlich. *Bona fides* ist der Glaube, daß die als preisgegeben angesehene besitzlose Sache Eigentum des letzten Besitzers war und zuletzt vom Eigentümer besessen und daß sie *statim eius esse desinit* und jetzt *res nullius* ist,[2]) weil sie als vom letzten Besitzeigentümer preisgegeben angesehen wird: m. a. W. der Glaube an das Eigentumsrecht des letzten Besitzers.

Julian ist auch in der Ersitzung *pro derelicto* seiner Ansicht treu geblieben, was aus L. 6, D. 41, 7 *per argumentum a contrario* ersichtlich ist: *Nemo potest pro derelicto usucapere, qui falso existimaverit rem pro derelicto habitam esse*[3]). (Vgl. L. 2 § 8,

---

[1]) Anders Thibaut, S. 94: „. . . die Dereliktion einer Sache von Seiten des Nichteigentümers" und Dabelow, I., S. 348: „. . . Es wird dabei immer vorausgesetzt, daß eine wirkliche Dereliktion geschehen sei, und findet im Gegenteile durchaus keine Usukapion statt." Unterholzner-Schirmer, § 101, S. 343 Anm. ***. Gimmerthal, S. 534: „Das Finden (S. 523: Finden heißt eine Sache außer Besitz antreffen) bildet den Rechtsgrund des Erwerbs bei *res derelictae* und führt teils durch Okkupation, teils durch Ersitzung zum Eigentume." Fitting, 52, S. 24: „. . . Aufhebung des Besitzes der Sache auf der einen, Erlangung desselben auf der anderen Seite (zum *titulus pro derelicto)* erforderlich ist." S. 25: „. . . eine Usukapion aus bloß putativem Titel *pro derelicto* . . . überhaupt nicht zugelassen . . ." David, S. 26, 27: „. . . der Akt der Dereliktion, der zur Ersitzung *pro derelicto* gefordert wird." Burckhard, Zeitschr. f. Zivilr. u. Pr., 21, S. 319. Bernhöft, Tit., S. 13: „Die Okkupation muß durch besondere Gründe gerechtfertigt sein, um Usukapionsbesitz zu geben. Das ist der Fall, wenn die okkupierten Sachen ihrer Natur nach unter den betreffenden Umständen herrenlos gefunden zu werden pflegen." Bt., S. 12. Klein, S. 349.

[2]) Vangerow, § 321 Anm. 1, 1: nimmt im Falle eines originären Erwerbs den Inhalt der *bona fides* als Glaube, daß die Sache eine *res nullius* sei.

[3]) Thibaut, S. 94. Dabelow, S. 348. Kori, S. 114. Roßhirt, S. 11. Stintzing, S. 95, Unterholzner-Schirmer, § 114, S. 394. Fitting, 52, S. 24, 25. Gimmerthal, S. 524. David, S. 37. Mayer, S. 93.

D. 14, 2.) *A contrario: Potest pro derelicto usucapere, qui iustam causam habuerit existimandi* (L. 33 § 1, D. 41, 3; L. 11, D. 41, 4) *rem pro derelicto habitam esse.*

Falso existimaverit ist nicht der irrtümliche Glaube allein, sondern der ungerechtfertigte irrtümliche Glaube. *Existimare* allein ist der technische Ausdruck für die den tatsächlichen Verhältnissen nicht entsprechende, also irrtümliche Meinung eines Subjektes, im Gegensatz zu *scire*, *scientia*. Wer ungerechtfertigt, ohne *iusta causa* glaubte, daß die Sache für preisgegeben gehalten werde (*esse*, nicht *fuisse*), obwohl sie nicht dafür angesehen wird, der kann nicht *pro derelicto* ersitzen. Hat er jedoch einen wichtigen Grund für seine Meinung, daß die wirklich nicht als preisgegeben angesehene Sache für derelinquiert gehalten werde, so kann er *pro derelicto* ersitzen, gleich dem, der *iustam causam habuerit existimandi se heredem vel bonorum possessorem domino exstitisse, rem sibi emptam esse, sibi emptum esse.*

L. 7,[1]) D. 41, 7 Julianus: *Si quis merces ex nave iactatas invenisset, num ideo usucapere non possit, quia non viderentur derelictae, quaeritur. sed verius est eum pro derelicto usucapere non posse* (vgl. L. 21 § 1, 2, D. 41, 2). *Quia non viderentur derelictae = quoniam non est in derelicto, sed in deperdito = quoniam non potest videri id pro derelicto habitum.* Anstatt *derelictae* ist in L. 7 *pro derelicto habitae* einzusetzen. Aus der Lage der Sache wird darauf geschlossen, daß dieselbe nicht als preisgegeben angesehen wurde; dadurch wird der Besitz und demzufolge die Ersitzung *pro derelicto* ausgeschlossen.

Die Ansicht des Paulus ist in L. 4, D. 41, 7[2]) enthalten: *Id, quod pro derelicto habitum est et haberi putamus, usucapere possumus, etiam si ignoramus, a quo derelictum sit. Usucapio pro derelicto* findet nur an derjenigen Sache statt, die wirklich, objektiv *pro derelicto habita est. Haberi putamus* ist identisch

---

Bernhöft, Bt., S. 38. Vangerow, § 319. Klein, S. 286, 348, 350. Pernice, S. 404, 503.

[1]) Fitting, 52, S. 24. Gimmerthal, S. 535. Klein, S. 350. Chlamtacz, S. 82.

[2]) Thibaut, S. 94. Kori, S. 114 Anm. 289. Roßhirt, S. 11. Stintzing, S. 95. Unterholzner-Schirmer, § 114, S. 394. Fitting, 52, S. 25. Gimmerthal, S. 537. David, S. 27. Mayer, S. 184. Klein, S. 298, 349, 350. Pernice, S. 487 Anm. 3.

mit *si sciamus* in L. 2 pr., D. 41, 7 und dient zur Bezeichnung dessen, daß die Kenntnis von der Person des letzten Besitzers *a quo derelictum sit,* oder besser gesagt, *a quo pro derelicto habita sit* dazu nicht gefordert wird. Dadurch ist außer Zweifel gestellt, daß zum Besitz *pro derelicto* nicht der Beweis einer wirklichen Dereliktion des letzten Besitzers erfordert wird, sondern der Zustand der Besitzlosigkeit der Sache, nämlich daß sie im Momente des Besitzerwerbes für preisgegeben gehalten wurde, ausreicht.

L. 5, D. 41, 7[1]) Pomponius: *Si id, quod pro derelicto habitum possidebas, ego sciens in ea causa esse abs te emerim, me usucapturum constat nec obstare, quod in bonis tuis non fuerit: nam et si sibi rem ab uxore donatam sciens emero, quia quasi volente et concedente domino*[2]) *id faceres, idem iuris est.*

Pro derelicto habitum bedeutet eine für preisgegeben gehaltene Sache. Der Besitzer in L. 5 pr. hat durch Inbesitznahme das Eigentum an der Sache nicht erworben *[quod . . . non fuerit],* somit war der letzte Besitzer nicht Eigentümer der Sache[3]). Das sind die objektiven Umstände des Falles.

Der Besitzer verkauft die Sache dem B. B *scit* nur *(id) in ea causa esse,* aber *nescit quod ... non fuerit.* Er kann ersitzen.

Ob hier der Jurist die Ersitzung *pro emptore* oder die *pro derelicto* im Auge hatte, das ist in der Stelle nicht ausdrücklich gesagt. Alles spricht für die Ersitzung *pro emptore,* weil ein Kaufvertrag wirklich abgeschlossen wurde und mit diesem Fall der mit dem Manne geschlossene Kauf einer ihm von der Frau geschenkten Sache — wo selbstverständlich nur von der Ersitzung *pro emptore* und nicht von der *pro donato* die Rede ist — verglichen wird.

Wenn nur jemand den Verkäufer für den Eigentümer der Sache oder für den Bevollmächtigten des Eigentümers hält, so kann er ersitzen, ungeachtet dessen, daß er das Eigentum des

[1]) Stintzing, S. 68 f., vgl. Anm. 65 über die Lit. Bruns, S. 288. Unterholzner-Schirmer, § 117, S. 406 Anm. 410 a. Zimmern, Rhein. Mus. f. Jpr., Bd. 3, S. 357. Sell, Jahrb., Bd. 1, S. 316. Gimmerthal, S. 545. Klein, S. 288 Anm. 18, S. 313, 348. Pernice, S. 499.

[2]) Stintzing, S. 69 Anm. 66.

[3]) Stintzing, S. 68. Anders Zimmern, Rhein. Mus., Bd. 3, 1829, S. 357 und Mayer, Zeitschr. f. gesch. R. W., Bd. 8, 1835.

Verkäufers als im Wege der Dereliktion erworben ansieht, obwohl es nicht so erworben wurde, im zweiten Falle aber das Eigentumsrecht des Vollmachtgebers irrtümlich als vorhanden annimmt.

Im ersten Satze glaubt der Käufer an das Eigentum des letzten Besitzers, somit an das *quasi volente et concedente domino id facere* des Verkäufers, im zweiten Satze glaubt er an das Eigentumsrecht der Frau [1]), somit an das *quasi* . . . *facere* des Mannes. L. 5 pr., D. 41, 7 enthält eine Ersitzung *pro emptore* auf Grund des Glaubens an das Eigentumsrecht nicht des Verkäufers, sondern seines Auktors, wodurch das *quasi* . . . *faceres* entstand. Im ersten Satze besitzt der Verkäufer auf Grund der *causa possessionis pro derelicto,* im zweiten auf Grund der *causa possessionis pro donato.*

In beiden Fällen hat der Käufer nur die Kenntnis von der *causa possessionis* des Verkäufers und in beiden glaubt er irrtümlich an das Eigentumsrecht des Auktors des Verkäufers. Im zweiten Satze war die Frau nicht Eigentümerin [2]) der Sache, denn anderenfalls wäre erstens eine *causa possessionis pro donato* zu verneinen (die Schenkung einer der Frau gehörigen Sache unter Ehegatten), zweitens eine Ersitzung unnötig, da der Kauf vom Nichteigentümer (dem Manne als Vertreter seiner Frau, der Eigentümerin), *quia quasi volente et concedente domino* geschlossen, den Käufer im Momente des Besitzerwerbes sofort zum Eigentümer gemacht hätte. L. 5 pr. ist ein Beispiel der Ersitzung *pro emptore* mit Kenntnis der *causa possessionis* des Ver-

---

[1]) Stintzing, S. 69: „. . . er also stellt sich die Ehefrau als vorherige Eigentümerin vor." Gimmerthal, S. 545. Pernice, S. 500: „Durch das Wegwerfen ist die Sache dem Okkupanten zur Verfügung gestellt; die Sache wird mit dem Willen des Derelinquenten in Besitz genommen und veräußert. . . Der Ehemann verkauft eine Sache, die ihm seine Frau geschenkt hat. . . Aber die Sache ist von der Frau dem Manne „gewissermaßen" *(quasi)* preisgegeben und ihm die Verfügung damit eingeräumt; sie hat sich der Sache begeben. Gerade das liegt in der Schenkung, die der Käufer kennt; er darf also annehmen, daß die Veräußerung, gleichsam mit Willen und Erlaubnis der Frau vor sich ging."

[2]) Stintzing, S. 69: „Es mag dahingestellt bleiben, ob die Sache der Ehefrau gehört oder nicht; ... weil in der Tat gar nichts darauf ankommt."

käufers[1]) und mit dem Glauben an das Eigentumsrecht des Auktors des Verkäufers, somit an die Befugnis des Verkäufers, die Sache als Bevollmächtigter des Eigentümers zu verkaufen.

L. 5 § 1, D. 41, 7 Pomponius: *Id, quod quis pro derelicto habuerit, continuo meum fit: sicuti cum quis aes sparserit aut aves amiserit, quamvis incertae personae voluerit eas esse, tamen eius fierent, cui casus tulerit ea, quae, cum quis pro derelicto habeat, simul intellegitur voluisse alicuius fieri*[2]). (Vgl. L. 9 § 7, D. 41, 1.)

Im ersten Satze wird von einer Usukapion *pro derelicto* gesprochen. *Continuo* ist ein Gegensatz zum *statim* der L. 1 D. 41, 7, man muß das *continuo* für *continuo tempore* lesen. Alles, was jemand als Nichteigentümer preisgegeben hat, kann *pro derelicto* ersessen werden, so wie das, was der Eigentümer aufgab, sofort dem Besitzerwerber ins Eigentum fällt, weil in beiden Fällen außer dem Willen *rem non habere* auch der Wille *alicuius fieri simul intellegitur.*

Wenn die Sache *pro derelicto* angesehen wird, so wird damit auch die Einwilligung des letzten Besitzers zum Besitzerwerbe durch andere Personen, also eine *causa possessionis pro derelicto* als vorhanden angenommen. Dies bestätigt[3]) die L. 12 pr., C. 7, 32 (Justinianus): *Ex libris Sabinianis . . . definimus, ut, sive servus sive procurator vel colonus vel inquilinus vel quispiam alius, per quem licentia est nobis possidere, corporaliter nactam possessionem cuiuscumque rei eam dereliquerit vel alii prodiderit, desidia forte vel dolo, ut locus aperiatur alii eandem possessionem detinere, nihil penitus domino praeiudicium generetur, ne ex aliena malignitate alienum damnum emergat, sed et ipse, . . . circa quem neglegenter vel dolose versatus est.*

---

[1]) Stintzing, S. 69: „. . . daß der Käufer usukapieren könne, obgleich er von dem Erwerbsgrunde des Autors Kunde hat."

[2]) Böcking, § 153, § e, S. 155 Anm. 8. Bernhöft, Bt., S. 38. Chlamtacz, S. 195 Anm. 2.

[3]) Cuiacius, Observ. et Emend., L. 21, c. 8, p. 717: *„Legitimus enim est titulus pro derelicto et proximus titulo pro donato: nam qui rem derelinquit, genere quodam eam primo occupanti donat."* Pernice, S. 500. Dernburg, I., S. 512 Anm. 24: „Die Dereliktion einer Sache durch den bisherigen Besitzer kann wohl eine Okkupation rechtfertigen, ein Erwerbsgrund ist sie offenbar nicht."

Auch der faktische Besitzer der Sache *(corporaliter nactam possessionem)* kann die Sache in einen solchen Zustand versetzen, daß sie für preisgegeben gehalten wird, daher *locus . . . detinere;* dieser Zustand wird nur dann dem Besitzer nicht schaden, wenn die Besitzaufgabe *dolose, neglegenter, ex malignitate* geschah. Vgl. L. 5, D. 42, 8 Gaius: *sed et si rem suam pro derelicto habuerit, ut quis eam suam faciat.*

Der Besitz *pro derelicto* ist die *possessio* einer Sache, die als vom letzten Besitzer preisgegeben angesehen wird, ein auf Grund der Einwilligung zum Besitzerwerbe seitens des letzten Besitzers erworbener Besitz. *Causa possessionis* ist[1]) die Besitzlosigkeit der Sache, als Ausfluß des Willens *rem non habere* auf Seiten des letzten Besitzers angesehen, *implicite* die als vorhanden angenommene Bewilligung zum Besitzerwerbe der besitzlosen Sache seitens des letzten Besitzers.

Die Ersitzung *pro derelicto*[2]) gründet sich auf die *possessio pro derelicto*, wozu immer eine *causa possessionis pro derelicto* notwendig ist, und auf den Glauben an das Eigentumsrecht des letzten Besitzers *(bona fides)*[3]). Die Ersitzung *pro derelicto* ist gleich den anderen Ersitzungsarten geregelt.

---

[1]) Stintzing, S. 121: „Das Recht des Okkupanten hat keine andere Basis als den gegenwärtigen Zustand der Herrenlosigkeit des Objekts." Pernice, S. 406 Anm. 2, S. 430 Anm. 2: „. . . das Wegwerfen . . . gilt . . . als zureichender Grund für den Eingriff des Dritten."

[2]) Stintzing, S. 95: „Dieser Titel läßt sich . . . auf zweierlei Weise denken; entweder hat ein Nichteigentümer die Sache preisgegeben, oder der Eigentümer hat dies nur scheinbar getan." Burckhard, Zeitschr. f. Zivil. u. Pr., XXI., S. 319 f. Böcking, § 146, § o, S. 94 Anm. 42. Unterholzner-Schirmer, § 114, S. 394 Anm. *. Fitting, 52, S. 25. Bernhöft, Bt., S. 36. Brinz, Pand. I., § 619. Klein, S. 348.

[3]) Stintzing, S. 96: „Wenn ich nämlich nicht weiß, von wem die Sache, welche ich für preisgegeben halte, in diesen Zustand gebracht ist, so habe ich weder über das Recht des Derelinquenten, noch auch darüber ein Urteil, ob wirklich die Absicht der Dereliktion vorhanden war, da die Sache ebenso gut verloren oder der Besitz nur zeitweilig aufgegeben sein kann." Diese Erwägung verliert ihre Bedeutung angesichts des Umstandes, daß vom Besitzer nirgends in den Quellen ein Nachweis gefordert wird, wie seine Meinung entstanden sei. Vgl. S. 65.

§ 8.

Pro soluto.

L. 48, D. 41, 3[1]) Paulus: *Si existimans debere tibi tradam, ita demum usucapio sequitur, si et tu putes debitum esse.* In den Worten *si tibi tradam* ist die *causa possessionis* also die durch die Tradition der Sache geäußerte Einwilligung zum Besitzerwerbe enthalten. Der Empfänger der Sache erwirbt den Besitz. Der Titel liegt in den Worten *existimans debere, et tu putes debitum esse.* Wenn der Tradent glaubt, dem Empfänger etwas schuldig zu sein, der Empfänger auch dieser Meinung ist und unter dieser Bedingung eine Sache übergeben wird, so erscheint die Tradition als Äußerung des Willens, eine Schuld zu tilgen und der Empfang der Sache als Äußerung des Willens, eine Schuld dadurch bezahlt zu erhalten[2]). (Vgl. L. 43 pr., D. 47, 2.)

Solvere heißt zahlen, *solutio* ist die Zahlung, aber *solutum* das Zahlen, die Tatsache der Äußerung des betreffenden Willens. *Solutio* ist nur in Bezug auf ein wirkliches *debitum* möglich. Das Zahlen, *solvere, solutum,* ist nur die Äußerung des Willens, eine Schuld zu tilgen, des *animus solvendi;* die Handlung *solvendi causa* jedoch kann ohne Existenz eines *debitum* vorgenommen werden, wenn die Person des Handelnden die Existenz eines *debitum* irrtümlich annimmt. *Donare* heißt etwas *donandi causa, cum animo donandi* tun, *solvere* etwas *solvendi causa, cum animo solvendi* vornehmen. Dieser *animus* ist

---

[1]) Stintzing, S. 96, 119. Gimmerthal, S. 547 Anm. 24. David, S. 8, 9. Bechmann, S. 296 f. Klein, S. 295. Chlamtacz, S. 113, 116, 117.

[2]) Unterholzner-Schirmer, § 102, S. 348: „. . . daß bei Zahlungen es nicht sowohl auf das wirkliche Dasein einer Schuld, als vielmehr auf die in der Absicht der Zahlung geschehene Besitzübertragung ankommt." Vgl. § 109, S. 374. David, S. 23. Mayer, S. 32, 67, 156: „. . . in der Annahme des geschuldeten Gegenstandes ist der Wille, die Schuld zu verlieren, entschieden genug erklärt." — S. 158. Bernhöft, Tit., S. 10: „. . . bei einer Tradition aus einer Stipulationsverbindlichkeit kommt daher nichts darauf an, ob diese Verbindlichkeit existiert. Beim *titulus pro soluto* erklären sie (die Quellen) dagegen prinzipiell die Wirklichkeit der Schuld für gleichgültig". Vgl. S. 31.

möglich, wenn das *debitum* existiert oder nur irrtümlich als existent angenommen wird. Die Tradition in L. 48, D. 41, 3 ist nur ein Mittel zur Äußerung des Willens zu zahlen und enthält die Realisierung der Einwilligung zum Besitzerwerbe als Ausfluß dieses Willens.

Der Besitztitel *pro soluto* bezeichnet wiederum den Besitz als auf Grund des fremden Willens, eine Schuld zu tilgen, erworben; somit ist das Erfordernis der *causa possessionis pro soluto,* der Äußerung der Einwilligung zum Besitzerwerbe seitens einer anderen Person, als durch den Willen zu zahlen hervorgerufen, gerechtfertigt. Der Besitz *pro soluto* ist die Realisierung des Willens einer anderen Person zu zahlen.

Die Ersitzung *pro soluto*[1]) erfordert den Besitz *pro soluto* und eine *bona fides,* das heißt den Glauben an das Eigentumsrecht desjenigen, dessen Wille zu zahlen in unserem Besitze realisiert wird. Zum Besitz *pro soluto* ist nur das *solutum,* also nur die Äußerung des *animus solvendi* erforderlich. Von diesem *solutum,* so wie vom *donatum, legatum,* ist der Titel *pro soluto* hergenommen. Das wirkliche *debitum* ist nicht notwendig, denn der Wille, eine Schuld zu tilgen, ist auch auf Grund der irrtümlichen Meinung an die Existenz eines *debitum* möglich, so wie der Wille, Erbe zu werden, in dem Glauben an die Zugehörigkeit der Sache zu einer Erbschaft, somit an den Tod des Eigentümers gefaßt werden kann.

Hermogenianus, der gewöhnlich zu den nachklassischen Juristen gerechnet wird, bestätigt dies ausdrücklich. L. 46, D. 41, 3[2]): *Pro soluto usucapit, qui rem debiti causa recipit: et non tantum quod debetur, sed et quodlibet pro debito solutum hoc titulo usucapi potest.* (Vgl. L. 60, D. 46, 3.)

---

[1]) Stintzing, S. 96: „Zahlung setzt zu ihrem Begriffe das Dasein einer Schuld voraus. Der *titulus pro soluto* aber ist recht eigentlich nur der Titel einer vermeintlichen Zahlung". Vgl. S. 119.

[2]) Dabelow, I., S. 348, 352. Kori, S. 110. Stintzing, S. 96 Anm. 87. Böcking, § 146, § n, S. 92 Anm. 30. Unterholzner-Schirmer, S. 15 Anm. 17, § 109, S. 375 Anm. 381. Fitting, 52, S. 1—9 Anm. 80, S. 382, 386. David, S. 8, 23. Mayer, S. 160. Bernhöft, Tit., S. 32 Anm. 88: Bt., S. 23 Anm. 4. Klein, S. 345 Anm. 137. Windscheid-Kipp, § 178, S. 816 Anm. 5. Dernburg, I., S. 513 Anm. 25.

Pro soluto besitzt und ersitzt derjenige, der den Besitz der Sache *(rem recipit) debiti causa, solutionis causa*, als Ausfluß des Willens zu zahlen, des *animus solvendi* erwarb, dessen Besitz also den fremden *animus solvendi* verkörpert. Nicht nur das wirklich Geschuldete, sondern alles, was, obgleich nicht[1]) geschuldet, als geschuldet gezahlt wird, kann unter dem Besitztitel *pro soluto* ersessen werden.

Hier ist nicht die Rede von einer *datio in solutum voluntaria*, von einer Leistung anstatt des wirklich geschuldeten Gegenstandes, sondern vom Zahlen *(solutum)*, vom Handeln *solutionis causa animo solvendi*, von der Einwilligung zum Besitzerwerbe an dem irrtümlich für wirklich geschuldet angesehenen Gegenstande. Der *titulus pro soluto* hängt nur vom *solutum*, nicht aber auch vom *debitum*[2]) ab. Es ist gleichgültig, ob der Besitzer *id quod debetur* oder *quod non debetur debiti causa, solutionis causa recipit*.

Die Tatsache des *solutum*, die Äußerung des *animus solvendi* ist die Grundlage des Titels *pro soluto*. Wo der *animus solvendi* nicht geäußert wurde, dort ist der Titel *pro soluto*, somit die Ersitzung *pro soluto* ausgeschlossen. In der Tradition *solvendi animo* ist eine wirkliche, nicht nur putative *causa possessionis pro soluto* enthalten, für sie ist das Dasein des *debitum* irrelevant.[3]) Pompónius hält in L. 3, D. 41, 10 die Tradition auf Grund der beiderseitig irrtümlich angenommenen Stipulation für einen genügenden Grund zur Fassung des dem Besitz *pro suo* eigentümlichen Willens und Glaubens. Die Tradition gründet sich auf die vermeintliche Stipulation.

---

[1]) Stintzing, S. 100: „. . . bei der Tradition einer nicht geschuldeten Sache . . .“

[2]) Pernice, S. 413: „. . . denn da verdichtet sich die Tradition zum Solutionsgeschäfte, das wesentlich gegenseitig ist und also einen selbständigen Charakter zeigt.“

[3]) Böcking, § 146, S. 94 Anm. 37. Schirmer, XVI., S. 49. Keller, Pand., § 133 Nr. 1: „Die *iusta causa* ist nicht jene Obligation, sondern das Rechtsgeschäft der *solutio*.“ Unterholzner-Schirmer, § 109, S. 374 Anm. 380. Fitting, 52, S. 2, 8. Mayer, S. 157 f., 165 f. Bernhöft, Bt., S. 14, 44 Anm. 4, 102, 105. Vangerow, § 625 Anm. 1. Klein, S. 307, 344. Pernice, S. 406 Anm. 2.

Nach Paulus wird die Tradition auch durch die irrtümliche Annahme der Schuld hervorgerufen, aber durch den Willen zu zahlen umfaßt und zur Realisierung des *animus solvendi* bestimmt. Vielleicht wollte Paulus durch Konstruierung des Besitztitels *pro soluto* und demzufolge der Ersitzung *pro soluto* die Ansicht des Pomponius, die in L. 3, D. 41, 10 sehr allgemein und praktisch, für alle Fälle brauchbar auftritt, verdrängen[1]) und an Stelle derselben die Übergabe des nicht wirklich geschuldeten Gegenstandes *animo solvendi* nach seiner Besitztitel- und Ersitzungstheorie setzen, wonach der Ersitzungserfolg nicht nach der subjektiven Meinung und dem Willen des Empfängers, sondern nach der Existenz des *solutum*, des Handelns *animo solvendi* beurteilt wird.

Überall da, wo im Besitzerwerbe einer Person der fremde *animus solvendi* verkörpert wird, ist die *pro soluto possessio* vorhanden; die weitere Forschung nach der Ursache, Grundlage *(causa)* dieses Willens ist irrelevant, so wie es gleichgültig war, aus welchem Grunde jemand den *animus donandi* äußerte. Wenn zum Beispiel jemand eine *dos* durch Versprechen in Form einer *stipulatio* oder *dotis dictio* bestellt[2]) und später eine Sache *animo solvendi* (dieses Versprechens) übergibt, so wird die Ersitzung *pro soluto* und nicht jene *pro dote* platzgreifen[3]).

Die Schenkung kann gleichfalls *obligando* geschehen. Die Übergabe der Sache *animo solvendi* (dieses Schenkungsversprechens) verschafft dem Empfänger den Besitz *pro soluto* und nicht *pro donato*.

Anders steht die Sache mit der Tradition einer legierten Sache. Hier wird in erster Linie der Wille des Vermächtnisgebers *legatum alicui conferre* und dabei der Wille des Beschwerten, seine eigene Verpflichtung zu tilgen und als Vertreter des Erblassers zu handeln, als Nebenwille realisiert. Die Zahlung des Legats ist nicht die Tilgung einer *obligatio*

---

[1]) Klein, S. 345 Anm. 137. Pernice, S. 401: „Paulus betont zweimal, das sei eine Ersitzung *pro soluto*; das ordnungsmäßig abgeschlossene Erfüllungsgeschäft genügt als *causa*, wenn auch die zu erfüllende Stipulation fälschlich vorausgesetzt wird." Chlamtacz, S. 113, 116, 117.

[2]) David, S. 14.

[3]) Fitting, 52, S. 2 Anm. 79.

ex contractu, sondern *quasi ex contractu.* Hauptsache bleibt der Wille des Erblassers, der nach seinem Tode durch Vermittlung des Beschwerten realisiert wird.

Dadurch scheint die *possessio* und *usucapio pro legato* neben der *possessio* und *usucapio pro soluto* bei demselben Juristen gänzlich gerechtfertigt zu sein[1]). Nicht nach dem *animus solvendi* des Beschwerten, sondern nach dem *animus legandi* des Erblassers wird der Besitz einer legierten, in Besitz genommenen Sache benannt; durch die Existenz der Äußerung des *animus* des Verstorbenen wird der Besitztitel *pro legato* bedingt.

Eine Ausnahme macht Paulus für den Besitz *pro emptore* aus einem merkwürdigen, bis heute noch nicht genügend geklärten Grunde, der in die Theorie der *bona fides* gehört[2]). L. 2 pr., D. 41, 4: *Si tamen existimans me debere tibi ignoranti tradam, usucapies. quare ergo et si putem me vendidisse et tradam, non capies usu? scilicet quia in ceteris contractibus sufficit traditionis tempus, sic denique si sciens stipuler rem alienam, usucapiam, si, cum traditur mihi, existimem illius esse: at in emptione et illud tempus inspicitur, quo contrahitur:*

---

[1]) David, S. 23: „Wir müssen also die Notwendigkeit der Errichtung eines Legates auf die Ersitzung beschränken, bei der sich um das Legat der eigenen Sache des Testators handelt.“ (Sonst die Ersitzung *pro soluto.*) Vgl. S. 21. Bernhöft, Bt., S. 36.

[2]) Duarenus, Comm. ad *tit. pro emt.* Donellus, Comm., V., 17. Cuiacius, Comm. ad *tit. d. usurp.* l. 10. Thibaut, S. 96: „Nur darüber widerstreiten sich die Gesetze geradezu, ob auch dem Käufer ein entschuldbarer Irrtum nütze, oder ob er (da in Rücksicht seiner *bona fides* auch singuläre Grundsätze stattfinden) die Sache wirklich gekauft haben müsse.“ Dabelow, I., S. 351 Anm. Z, S. 352. Kori, S. 111, 115, 235. Möllenthiel, S. 58. Roßhirt, S. 12. Harnier, S. 36 f. Stintzing, S. 114. Scheurl, I., S. 220, II., S. 63 f. Puchta, Inst. II., § 239, S. 662 Anm. nn. Böcking, § 146, § o, S. 94 Anm. 37*, § 147, § k, l, m, Anm. 37—46, S. 108 f. Unterholzner-Schirmer, § 108, S. 373, § 109, S. 374 Anm. 380, § 119, S. 411 Anm. **. Fitting, 52, S. 3 Anm. 79, S. 383 Anm. 191, S. 408. David, S. 9, 12. Mayer, S. 163 f. Bernhöft, Tit., S. 12; Bt., S. 8, 20, 53. Brinz, Pand. I., S. 536. Vangerow, § 319, § 320 Anm. 2, 1. Ubbelohde, S. 7 f., 13, 17. Bechmann, S. 290 f. Klein, S. 327 f., 344, 412 f. Pernice, S. 480 Anm. 1. Windscheid-Kipp, § 176, S. 811 Anm. 7, § 177, S. 812 Anm. 1. Dernburg, I., S. 514 Anm. 33.

igitur et bona fide emisse debet et possessionem bona fide adeptus esse. Vgl. Fortsetzung der L. 48, D. 41, 3: *Aliud, si putem me ex causa venditi teneri et ideo tradam: hic enim nisi emptio*[1] *praecedat, pro emptore usucapio locum non habet. diversitatis causa in illo est, quod in ceteris causis solutionis tempus inspicitur neque interest, cum stipulor, sciam alienum esse nec ne: sufficit enim me putare tuum esse, cum solvis: in emptione autem et contractus tempus inspicitur et quo solvitur: nec potest pro emptore usucapere, qui non emit, nec pro soluto, sicut in ceteris contractibus.* Zum ersten Satze der L. 2 pr. ist neben dem Worte *usucapies:* das *pro soluto* hinzuzudenken, da dieser Satz den Inhalt des Anfangssatzes der L. 48, D. 41, 3 wiederholt.

Weil bei allen anderen Verträgen der Glaube an das Eigentumsrecht nur im Momente der Erfüllung notwendig erscheint, im Momente des Abschlusses jedoch gleichgültig ist und nicht gefordert wird, so kann die Erfüllung durch Tradition — also die Äußerung des *animus solvendi* durch Einwilligung zum Besitzerwerbe allein — einen genügenden Stoff für den Besitztitel schaffen und mit der *bona fides* in diesem Momente zusammen die Ersitzungsbefugnis *pro soluto* begründen.

Weil beim Kaufe nach Paulus die *bona fides* im Momente des Kaufes und in dem der Erfüllung durch Tradition verlangt wird, so war für ihn die wirkliche Existenz der *causa possessionis pro emptore* immer notwendig, mochten Kauf- und Traditionsmoment zusammenfallen oder die Tradition abgesondert auf Grund des Kaufes als Erfüllung der Verpflichtung *ex causa venditi* geschehen.

Paulus hat also den Besitztitel *pro soluto* für diejenigen Fälle geschaffen, wo der Abschluß des Vertrages und die Erfüllung zeitlich auseinanderfallen, wo die handelnde Person zuerst im Vertrage eine bestimmte Absicht und dann später in der Tradition die Absicht zu zahlen äußert. Aus diesem zweiten Willen entstand der Besitztitel *pro soluto* um so

---

[1]) Flor.: *actio.* Cuiacius, „*auctio*". Böcking, § 146, S. 89 Anm. 18. Unterholzner-Schirmer, § 103, S. 351 Anm. 363.

leichter, da im Momente der Äußerung dieses *animus solvendi* die Grundlage der Ersitzungsbefugnis, das heißt die *possessio* erworben und auch das zweite Haupterfordernis, nämlich die *bona fides* gemäß der herrschenden Ansicht (L. 10 pr., D. 41, 3: *et optinuit Sabini et Cassii sententia*[1]) *traditionis initium spectandum.* Vgl. L. 7, § 16, 17, D. 6, 2; L. un., § 3, C. 7, 31) nach diesem Momente beurteilt wird.

Die im Vertrage geäußerte Absicht ist angesichts des im Besitzerwerbe realisierten *animus solvendi* in den Hintergrund getreten und irrelevant geblieben, da zur Zeit des Vertrages weder die *possessio* erworben, noch der gute Glaube erforderlich war. Nachdem der *animus solvendi* für sich allein seine Anerkennung gefunden hatte, erschien die wirkliche Existenz des zu erfüllenden Vertrages, als Äußerung einer bestimmten Absicht, nicht unbedingt notwendig, da der Wille zu zahlen auch im irrtümlichen Glauben darüber gefaßt werden konnte. Dadurch enstand die Ersitzungsspezies *pro soluto* für eine angeblich geschuldete Sache, die einen wirklichen Titel *pro soluto* erfordert und keine Putativtitelersitzung unter dem Titel des Vertrages ist.[2])

Die Tradition als Erfüllung des Kaufes ist auch eine *solutio*[3]) *(in emptione . . . et quo solvitur)*, aber der dadurch geäußerte *animus solvendi,* der entstandene Besitztitel *pro soluto* kann die Ersitzungsbefugnis nicht begründen, da nach Paulus auch der Abschluß des Kaufvertrages zur Prüfung des guten Glaubens berücksichtigt werden muß. Wo der Kaufvertrag als Resultat der beiderseitigen Lust zum *vendere* und *emere inspicitur,* dort muß der *animus solvendi* in den Hintergrund treten; die Ersitzungsbefugnis wird nach den Regeln der Ersitzung *pro emptore* beurteilt und hängt von der Existenz der *causa possessionis pro emptore* ab.

---

[1]) Thibaut, S. 82. Glück, 8., S. 337. Roßhirt, S. 22. Scheurl, I., S. 220. Böcking, § 147, § 1, S. 109 Anm. 42. Unterholzner-Schirmer, § 119, S. 412 Anm. 413. Fitting, 52, S. 2 Anm. 79. Ubbelohde, S. 13. Vangerow, § 321, 5. Bechmann, S. 293, 295 Anm. 38, S. 297. Klein, S. 284, 327, 412 f. Pernice, S. 344 Anm. 2.

[2]) Dabelow, I., S. 352.

[3]) Fitting, 52, S. 2 Anm. 79. Mayer, S. 161, 171.

Die Frage, warum *in emptione . . . quo solvitur,* beantwortet Paulus nicht, die Antwort gehört in die Theorie des guten Glaubens. Für uns liegt in dieser ausnahmsweisen Prüfung des guten Glaubens nach dem Momente des Kaufes und der *solutio* die Erklärung dafür, warum Paulus die *solutio* auf Grund des Kaufes allein, ohne Existenz des Kaufes, als zur Begründung der Ersitzungsbefugnis *pro soluto* untauglich hinstellt, warum er auf Grund der *solutio ex causa venditi* nur die Ersitzung *pro emptore* nach den ihr eigentümlichen Regeln zuläßt. Wer nicht gekauft hat, kann weder *pro emptore* noch *pro soluto* ersitzen, welch letztere Ersitzung *(pro soluto)* bei anderen Verträgen auch ohne wirkliche Existenz des zu tilgenden Vertrages platzgreift. Diesen Sinn enthält der letzte Satz der L. 48, D. 41, 3. Da Paulus mit seiner Ansicht über die Prüfung der *bona fides* im Falle der *solutio ex causa venditi* in den Quellen vereinzelt dasteht, so ist die von Hermogenian in L. 46, D. 41, 3 überlieferte Ansicht, wonach keine Ausnahme gemacht wird, als schlechthin herrschende anzusehen. Zur Ersitzung *pro soluto* ist demnach außer dem guten Glauben der Besitz *pro soluto* als Realisierung des *animus solvendi* erforderlich.

Es muß jedoch bemerkt werden, daß in der Äußerung des *animus solvendi* auch das betreffende *debitum* deshalb berücksichtigt werden muß, weil ein *animus solvendi* ohne Rücksicht auf eine Schuld unnatürlich ist. Diese Rücksichtnahme geschieht dadurch, daß zum mindesten der Glaube des Erfüllenden und des Empfängers an die Existenz eines *debitum* gefordert wird.[1])

Die Ersitzung *pro soluto* hat demnach ein spezielles, nur ihr eigentümliches Erfordernis außer dem Haupterfordernisse der Wirklichkeit des *solutum* (Äußerung des *animus solvendi),* nämlich den Glauben an das *debitum*[2]). So wie der Wille *dominium transferre, dominium adquirere, pro herede gerere* zum mindesten den Glauben an das Eigentumsrecht, an den Tod einer Person verlangt, so erscheint auch der Wille zu zahlen nur mit Bezug auf eine zum mindesten als vorhanden ange-

---

[1]) Mayer, S. 160: „Wer auf Grund eines *titulus pro soluto* usukapiert haben . . . will, hat nichts weiter zu beweisen, als: 1. daß er die Sache tradiert erhalten habe, 2. daß er der Meinung war, sie sei ihm geschuldet."

[2]) Klein, S. 297.

nommene Schuld gefaßt[1]). Die Behauptung des Besitzers: ich besitze die Sache *pro soluto,* bedeutet, daß dem Besitzer jemand in Erfüllung einer Schuld den Besitzerwerb bewilligte, was nur dann als wahr angenommen werden kann, wenn es außer Zweifel steht, daß ein *debitum* existierte oder zum mindesten dessen Existenz von den Parteien angenommen wurde.

Die Ersitzung *pro soluto* erfordert außer dem guten Glauben, das heißt dem Glauben an das Eigentumsrecht des Zahlers, den Besitz *pro soluto* als Realisierung des *animus solvendi* im Glauben an die Existenz des zu tilgenden *debitum.* Dadurch nimmt die Ersitzung *pro soluto* eine besondere Stelle unter den anderen Ersitzungsarten ein. Das Erfordernis des Glaubens an die Existenz des *debitum* ist durch den Besitztitel *pro soluto* hervorgerufen, da der Wille zu zahlen immer in Bezug auf ein wirkliches oder vermeintliches *debitum* gefaßt wird.

Der Besitz *pro soluto* ist die Realisierung des fremden Willens, eine bestimmte Schuld zu bezahlen. Der *animus solvendi* erscheint demnach nur mit Rücksicht auf ein *debitum* gefaßt, weshalb zu seiner Anerkennung der Glaube an das *debitum* gefordert wird.

§ 9.

Pro transacto.

L. 29, D. 41, 3 Pomponius[2]): *Cum solus heres essem, existimarem autem te quoque pro parte heredem esse, res hereditarias pro parte tibi tradidi. proprius est, ut usu eas capere non possis, quia nec pro herede usucapi potest quod ab herede possessum est neque aliam ullam habes causam possidendi. ita tamen hoc*

---

[1]) Mayer, S. 32: „. . . *causa debendi* ist deshalb zugleich die *causa ex qua traditur.*“ Vgl. S. 67. Klein, S. 297: „. . . Ersitzung *pro soluto* nur, wenn jemand als vermeintlicher Schuldner dem redlichen Empfänger leistet.“

[2]) Dabelow, I., S. 345 Anm. k. Kori, S. 113, 234, 236. Roßhirt, S. 35. Huschke, S. 194. Unterholzner-Schirmer, § 106, S. 359 Anm. 369 c. Fitting, 52, S. 265, 274. David, S. 15. Mayer, S. 188, 215. Bernhöft, Bt., S. 42 Anm. 35. Arndts, Beiträge, S. 78 Anm. 142. Źródłowski, S. 38. Abraham, S. 63. Klein, S. 288, 364. Pernice, S. 395 Anm. 3, S. 406 Anm. 2, S. 431.

verum est, si non ex transactione id factum fuerit. idem dicimus, si tu quoque existimes te heredem esse: nam hic quoque possessio veri heredis obstabit tibi. (Vgl. L. 2 § 1, D. 47, 19; L. 23 § 3, D. 12, 6; L. 7 § 5, D. 6, 2; L. 1 § 2, 4, D. 19, 4.)

Ein Alleinerbe hat einen Miterben zu haben geglaubt und in diesem Glauben ihm die Erbschaftssachen teilweise übergeben. In der Stelle sind zwei Eventualitäten besprochen. Im letzten Satze (*idem* usw.) glaubte der Empfänger *se heredem esse; a contrario* im Anfangssatze, wo er wußte *se heredem non esse.* (Vgl. Gai II., § 52.) Im Anfangssatze hat der Jurist die *inproba lucrativa usucapio pro herede* im Auge, wo der Besitzer *sciens alienam rem se possidere pro herede usucapere potest.* Pomponius versagt ihm die Usukapionsbefugnis aus dem dieser Ersitzung eigentümlichen Grunde *quia ... est.*

Im letzten Satze wird bemerkt, daß dem Empfänger auch der Glaube an sein Erbrecht nicht nützen kann, *nam ... tibi.*

Bis dahin ist die Stelle verständlich. Die Schwierigkeit entsteht mit der Begründung *neque aliam ... possidendi.* Wir halten diesen Satz für eine Interpolation, welche die L. 29 als eine nach den Regeln der Kausalersitzung entschiedene hinstellen soll. Darauf läßt der eingeschobene Satz *ita ... fuerit* schließen.

Höchst wahrscheinlich ist jedoch der ganze Absatz: *quia ... heredem esse* interpoliert, die Stelle lautete ursprünglich: *Cum ... proprius est, ut usu eas capere non possis, nam hic quoque ... obstabit tibi,* wofür auch sprachliche Erwägungen sprechen. Nach Weglassung des obigen Satzes entspricht der Wendung *non possis* das *obstabit tibi.* Im interpolierten Satze ist anstatt *quia ... potes, quia ... potest* gesagt, was dem *non possis* widerspricht.

Nach Weglassung der Interpolation erscheint auch das *hic* sehr gerechtfertigt. Auch dann, wenn dir der Erbe selbst, im Glauben an dein Erbrecht, die Erbschaftssachen übergibt, kannst du nicht *pro herede* ersitzen, weil auch hier der Besitz des Erben dir im Wege stehen wird, so wie wenn du selbst eigenmächtig eine schon im Besitze des Erben befindliche Erbschaftssache in Besitz nehmen würdest. Dann ist auch das Schweigen der Stelle über die Meinung des Empfängers im Anfangssatze begreiflich, da die alte Ersitzung *pro herede* mit dem Glauben

des Empfängers in keinem kausalen Zusammenhange stand. Lex 29, ursprünglich der *usucapio pro herede* Gai II., § 52 gewidmet, wurde später durch Interpolation der Kausalersitzung zugezählt[1]).

Transactio, der Vergleich, ist die Äußerung des Willens, einen ein Recht betreffenden Zweifel auf dem Wege gegenseitigen Nachgebens zu beseitigen. (Vgl. L. 1, D. 2, 15.) Der als Realisierung des *animus transigendi* erworbene Besitz der Sache verdient vom *transactum* den Titel *pro transacto*[2]).

Dadurch ist das Erfordernis der wirklichen Existenz der Tatsache des *transactum* auf dieselbe Weise gerechtfertigt, wie die Tatsache des *donatum, legatum, emptum* für den Besitz *pro donato, legato, emptore*. Die *causa possessionis pro transacto* ist nur dann vorhanden, wenn der *animus transigendi* wirklich geäußert und in der Einwilligung zum Besitzerwerbe realisiert wurde.

Die Ersitzung *pro transacto* gründet sich auf die *possessio pro transacto* und auf den Glauben an das Eigentumsrecht desjenigen, dessen *animus transigendi* in dem Besitzerwerbe realisiert wird. Durch das *transactum* als Äußerung des vom Rechte gebilligten *animus transigendi* wird die Einwilligung zum Besitzerwerbe, die *causa possessionis* zur *iusta* gemacht.

L. 8, C. 7, 26 *(Diocletianus et Maximianus): Ex causa transactionis habentes iustam causam possessionis usucapere possunt.* L. 33 § 3, D. 41, 3 Julianus: *Si mihi Titius, a quo fundum petere volebam, possessione cesserit, usucapionis causam iustam habebo. sed et is, a quo ex stipulatu fundum petere volebam, cedendo mihi possessione, si solvendi causa id fecerit, eo ipso efficiet, ut fundum longo tempore capiam*[3]).

---

[1]) Böcking, § 146, § n, S. 93 Anm. 33.

[2]) David, S. 15: „... auch für diese (Ersitzung auf Grund einer *traditio transactionis causa*) die *traditio ipsa transactionis causa* als ausschließliches objektives Erfordernis erscheint." Mayer, S. 187.

[3]) Stintzing, S. 37. Unterholzner-Schirmer, § 111, S. 382 Anm. 391: „Auf den Fall einer *transactio* kann auch das *possessione cedere* bezogen werden; doch ist es möglich, daß dabei an eine Schenkung zu denken ist." Vgl. § 116, S. 400: „... *titulus pro donato*, oder *pro suo*." Fitting, 52, S. 23 Anm. 125. David, S. 15, 16. Mayer, S. 188. Bernhöft, Tit., S. 20 Anm. 57. Bekker, Besitz, S. 79. Klein, S. 345 Anm.

Erst jetzt ist es am Platze, die L. 27, D. 41, 3 zu erklären. *Celsus libro trigensimo quarto errare eos ait, qui existimarent, cuius rei quisque bona fide adeptus sit possessionem, pro suo usucapere eum posse nihil referre, emerit nec ne, donatum sit nec ne, si modo emptum vel donatum sibi existimaverit, quia neque pro legato neque pro donato neque pro dote usucapio valeat, si nulla donatio, nulla dos, nullum legatum sit.*

Diese Lex erscheint im Munde des Celsus etwas zu frühzeitig, da sie eine allgemeine Regel im Geiste des Paulus enthält, was zur Zeit des Celsus nicht denkbar war. Außerdem sind in der Stelle die *usucapio pro suo* im ersten Satze und die ihr nicht gleiche Kausalersitzung im zweiten zusammengefaßt. Vielleicht hat man dem Celsus absichtlich die herrschende Ansicht in den Mund gelegt, um sie als von altersher anerkannt hinzustellen.

Der Absatz *nihil . . . legatum sit* paßt ganz gut zu dem Anfangssatze, wenn man das *pro suo* ausläßt[1]). Durch das *pro suo* kann er mit dem Anfangssatze nicht verbunden werden. Es bleibt nur das eine, die L. 27 als später verdorben anzusehen und sie als Ausdruck der Meinung des Celsus über die Ersitzung *pro suo* und vielleicht als Meinung Ulpians über das Erfordernis des Titels zur Kausalersitzung hinzunehmen.

Die Worte *quia neque pro legato neque pro donato neque pro dote usucapio valeat, si nulla donatio* (identisch mit *donatum sit nec ne, donatum*), *nulla dos, nullum legatum sit,* enthalten in allgemeinster Fassung die oben (§§ 3—9) ausführlich dargestellte Ansicht des Paulus, die später allgemeine Anerkennung fand[2]).

139: „Im ersten Satze dieser *fr.* ist zweifellos etwas ausgefallen. . . Vielleicht *a quo ex emto fundum petere volebam.* Jedenfalls heißt das *sed et is,* das *si solvendi . . . fecerit,* auch auf den ersten Satz beziehen."

[1]) Klein, S. 306 Anm. 61. Pernice, S. 398, 404, 502 Anm. 2.

[2]) Thibaut, S. 96 Anm. 2. Dabelow, I., S. 350. Savigny, III., S. 374 Anm. h. Stintzing, S. 87, 88, 105. Unterholzner-Schirmer, § 96, S. 323*. Fitting, 51, S. 9 Anm. 11, 12, S. 12, 17, 31; 52, S. 12 Anm. 97, S. 19 Anm. 118, S. 31, 32, 256, 381 Anm. 189, S. 418 Anm. 210. David, S. 5, 13. 33, 37. Mayer, S. 206, 231, 232. Bernhöft, Tit., S. 3 Anm. 11, S. 16 Anm. 44; Bt., S. 16 Anm. 1. Klein, S. 285 Anm. 9, S. 295 Anm. 36, S. 306 Anm. 61, S. 316 Anm. 79. Pernice, S. 396

§ 10.

Synthese.

Die Grundlage der Ersitzung in der klassischen römischen Jurisprudenz bildet der Besitz einer körperlichen Sache, *possessio civilis,* das tatsächliche Beherrschen der Sache mit dem Willen, sie für sich zu besitzen. Mit Recht wird die Ersitzung auf Grund einer *possessio* Possessionsersitzung genannt.

Jedoch auf Grund der bloßen Tatsache des Besitzes einer Sache kann die Ersitzung nicht stattfinden, dazu sind noch andere Umstände erforderlich; der Mangel derselben vereitelt die auf Grund der *possessio* mögliche Ersitzungsbefugnis. Die bisherige Untersuchung hat uns bewiesen, daß in der Entwicklung des Ersitzungsinstitutes einige Phasen unterschieden werden können, nach Maßgabe dessen, wie zu den überlieferten Bedingungen der Ersitzung neue, früher nicht geforderte hinzutreten.

Es lassen sich drei solche Perioden unterscheiden: die erste, in der die *lucrativa usucapio pro herede* volle Wirksamkeit genoß; die zweite, worin die Redlichkeit des Usukapienten gefordert wurde; die dritte mit dem Erfordernisse einer *iusta causa possessionis,* beziehungsweise eines Titels nach der gemeinen Lehre. In allen drei Perioden kommt der Titel als Name, Bezeichnung des Besitzes und der Ersitzung vor, woraus ersichtlich ist, daß der Titel der Ersitzung ein treuer Begleiter der *possessio* und ebenso wie die *possessio* ein notwendiges Erfordernis war.

Es bildet also der Besitz und der Titel als Name, Bezeichnung des ersteren, m. a. W. der titulierte Besitz die Grundlage der Ersitzung. Dadurch wird für den Besitztitel eine eminente Stelle in der Ersitzungslehre vindiziert.

Der Besitztitel *pro herede* hängt einzig und allein von dem Willen der handelnden Person ab, durch Inbesitznahme der Sache Erbe zu werden. Es ist irrelevant, ob die betreffende Person dazu berechtigt war oder nicht, ob sie dabei redlich oder unredlich gesinnt war, ob sie dadurch fremdes Recht ver-

---

Anm. 4, S. 398, 404 Anm. 2, S. 502 Anm. 2, S. 503 Anm. 6. Windscheid-Kipp, § 178, S. 816 Anm. 4, 6. Dernburg, I., S. 513 Anm. 31.

letzte oder nicht, ob die Inbesitznahme den gewünschten Erfolg wirklich verursachte oder denselben herbeiführen konnte.

In dem ältesten Besitztitel *pro herede* war bloß der Wille, Erbe zu werden, ausgedrückt; von der Fassung eines solchen Willens wurde der Name der diesen Willen realisierenden Handlung, das heißt der Inbesitznahme, abgeleitet. Die Grundlage der Possessionsersitzung, der titulierte Besitz, umfaßt demnach ein objektives Erfordernis: die Tatsache des Besitzverhältnisses einer Person zu einer Sache, und dazu ein subjektives Erfordernis, namentlich den durch den Besitz der Sache geäußerten Willen des Besitzers.

Der objektiv in allen Fällen der Ersitzung erforderliche Besitz unterliegt keiner Umwandlung, jedoch kann umgekehrt der subjektive, durch diesen Besitz in die Außenwelt tretende Wille der Person des Besitzerwerbers verschiedene Richtungen haben. M. a. W. der Besitz, *possessio*, muß immer vorhanden sein und bleibt in der Ersitzungsbefugnis, des Namens des Besitzes ungeachtet, immer dasselbe tatsächliche Verhältnis der Person zur Sache mit dem Willen für sich zu haben; der Titel dieses Besitzes jedoch ist von der Richtung des Willens, der durch diesen Besitz realisiert werden soll, abhängig und kann nach Verschiedenheit der Richtung mannigfaltig sein.

Für die Ersitzungslehre ist außer dem *animus possidendi*, der bei jedem Besitzerwerbe gefaßt wird, auch der Wille des Besitzers, der durch diesen Besitzerwerb realisiert wird oder zum mindesten realisiert werden soll, wichtig. Wir können demnach sagen, daß zur Ersitzung der klassischen Zeit nicht nur der Besitz der Sache, sondern der Besitz als Ausdruck eines bestimmten Willens erforderlich war. Je nach der Richtung des Willens sind die Besitztitel und demnach die Ersitzungstitel entstanden, nach diesem Willen wird die ihn verkörpernde Handlung spezialisiert, von den anderen unterschieden.

Dadurch entstand die Unterscheidung verschiedener *species possessionis, usucapionis*. Der Besitz einer Sache mit dem Willen, dadurch Erbe nach einer Person zu werden, konnte den gewünschten Erfolg nur dann herbeiführen, wenn die tatsächlichen Verhältnisse und positive Rechtsbedingungen nicht im Wege standen. Als natürliche Bedingung, von der der gewünschte

Erfolg, das Erbewerden des Besitzers, abhängt, ist der Tod des Eigentümers der in Besitz genommenen Sache anzusehen, da sonst der Zusammenhang zwischen der Person des Verstorbenen und der des Besitzers wegfällt.

Auf Grund der Inbesitznahme einer dem Verstorbenen gehörigen Sache mit dem Willen, dadurch Erbe desselben zu werden, wird man entweder sofort oder erst nach einem Jahre Erbe. Das erste hängt vom Erbrechte ab, das zweite findet statt, eben wenn das Erbrecht fehlt, aber unter einer positiven Bedingung des Nichtbesitzerwerbes des wirklich Berechtigten. Der Erwerb des Erbrechtes hängt in beiden Fällen von der *testamenti factio* ab, im ersten Falle wird der Besitzer sofort Erbe, im zweiten auf Grund der Ersitzung, die eben nach diesem Willen, *pro herede* genannt, betitelt wird.

Die erste *species possessionis* wird nach dem Willen, durch Inbesitznahme Erbe zu werden, benannt und führt zu diesem Erfolge, sobald dem Besitzer das Erbrecht und die Erbrechtsfähigkeit zusteht, oder nach einem Jahre als *species usucapionis,* wenn dem erbrechtsfähigen Besitzer das Erbrecht fehlt und die Sache noch nicht aufhörte *res mortui esse.*

In dieser *species usucapionis* ist der Wille des Besitzerwerbers so sehr noch vom Rechte berücksichtigt, daß er — ungeachtet des Mangels der etwaigen Berechtigung zur Inbesitznahme, der Unredlichkeit der handelnden Person — Anerkennung findet und den Besitzer zum Erben macht. Der Umstand, daß dadurch fremdes Recht wissentlich ohne rechtlichen Grund, verletzt wird, bleibt angesichts des Willens des Besitzerwerbers belanglos.

Jedoch die weitere Entwicklung zeigt uns ein wachsendes Streben gegen die Improbität eines solchen lukrativen Erwerbes. In der *lucrativa usucapio pro herede* erwirbt der Besitzer nach der Ersitzungszeit das Erbrecht nach dem Verstorbenen, welches ihm niemals zustand, und dazu hat ihm der wissentliche Besitz einer fremden, dem Erben gehörigen Sache verholfen. Der Mangel des Erbrechts und die Unredlichkeit waren diejenigen Umstände, gegen die man aufzutreten anfing.

Durch Aufstellen des Erfordernisses des Erbrechtes nach dem Verstorbenen wäre das ganze Institut mit einem Zuge beseitigt, da der Erbberechtigte durch Inbesitznahme der Sache

mit dem bekannten Willen sofort *heres fit* und dadurch die Möglichkeit einer Ersitzung ausgeschlossen wird. Es blieb nur die Unredlichkeit, die man anfechten konnte, und tatsächlich überliefert uns Gaius die Nachricht davon, daß später von dem Besitzerwerber *pro herede* zum Zwecke der Ersitzung *pro herede* die Meinung *se heredem esse,* somit eine Unkenntnis vom fremden Erbrechte, von der Zugehörigkeit der in Besitz genommenen Sache zu einer anderen Person gefordert wurde.

In dem Tatbestande hat sich an den objektiven Erfordernissen nichts geändert, der Usukapient ist auch jetzt zur Inbesitznahme der Sache zwecks Realisierung des Willens, dadurch Erbe zu werden, also zur *pro herede possessio* nicht berechtigt, aber auf der subjektiven Seite wird die Redlichkeit des Besitzers erfordert.

Mit der Redlichkeit des Besitzers tritt jedoch eine neue Seite des Besitzverhältnisses in den Vordergrund. Der Besitzer der Sache faßt im Glauben, zum Besitze *pro herede* auf Grund seines Erbrechtes berechtigt zu sein, seinen Willen schon mit Berücksichtigung des vermeintlich im Testamente geäußerten Willens des Erblassers, des Gesetzes oder des Praetors, m. a. W. eines fremden Willens. In seinem redlichen Besitze *pro herede* liegt nicht nur sein Wille, durch Inbesitznahme Erbe zu werden, sondern auch eine Andeutung für die Grundlage seiner Entstehung, nämlich für den fremden Willen.

Durch die Bedingung der Redlichkeit des Besitzers wird der sonst rein von dem Willen der handelnden Person des Besitzers abhängige Besitztitel *pro herede* etwas in seiner Selbständigkeit erschüttert und wird als auf einen fremden Willen, und zwar den der privaten Person des Erblassers, der öffentlichen des Praetors oder des Gesetzgebers gestützt hingestellt.

Wie die weitere Entwickelung des Institutes zur gänzlichen Aufhebung der Usukapion *pro herede* führen konnte, darüber läßt sich erst nach Darstellung der anderen Besitztitel urteilen. Hier muß noch hervorgehoben werden, daß das Erfordernis der Redlichkeit nur die Improbität des Erwerbers, also nur eine Seite des Besitzerwerbes aufheben sollte und anfangs keine notwendige Bedingung des Ersitzungserfolges bildete. Es gab anfangs nur: 1. die *possessio pro herede* des

Berechtigten, das heißt zur Erbschaft Berufenen, und 2. die *possessio pro herede* des Nichtberechtigten, als Ausdruck des Willens, durch Inbesitznahme Erbe zu werden, und führte dieselbe entweder sofort oder nach einem Jahre den gewünschten Erfolg, das Erbewerden des Inbesitznehmers herbei.

Im ersteren Falle war die den tatsächlichen Verhältnissen entsprechende Kenntnis, also technisch: *scientia* des dem Besitzer zustehenden Erbrechtes erforderlich, im zweiten schadete dieselbe Kenntnis vom Mangel des eigenen und Vorhandensein des fremden Erbrechtes nicht. Im ersten Falle war der Besitz *proba possessio,* im zweiten *improba.* Da die Redlichkeit des Besitzers notwendig war, konnte sie nur eben von dieser *scientia* des Besitzers im zweiten Falle verhindert werden; vom Besitz war dasselbe zu verlangen, wie vom Besitzer im ersten Falle, also an Stelle der *scientia* des eigenen Rechtes die irrtümliche Meinung desselben Inhalts, nämlich über das Vorhandensein des eigenen Rechtes, das *putare se heredem esse;* damit war die Lage des Besitzers im zweiten Falle der Lage des Besitzers im ersten Falle gleichzustellen und dadurch die Improbität zu tilgen.

Es besteht eine innige Verwandtschaft zwischen dem sofortigen und dem auf Grund der Ersitzung stattfindenden Erwerbe des Erbrechtes, da in beiden Fällen der Wille, durch Inbesitznahme Erbe zu werden, die Erbfähigkeit und entweder *scientia* oder *existimatio* (irrtümliche Meinung) über das eigene Erbrecht, über die Berechtigung zu solcher Inbesitznahme vom Besitzer verlangt werden. In beiden Fällen des Erbrechtserwerbes war der *pro herede* titulierte Besitz Grundlage desselben, in beiden Fällen war die *possessio proba,* in beiden fand der Wille und die Gesinnung des Subjektes über das eigene Recht Anerkennung ohne Rücksichtnahme auf andere Personen. Der sofortige oder erst nach einem Jahre stattfindende Erbrechtserwerb reguliert den Verkehr der Vermögensobjekte auf den Todesfall.

Für den Erwerb *inter vivos* finden sich in den Fragmenten der ältesten Juristen Spuren von der Anerkennung eines allgemeinen Besitztitels *pro suo.* Eine Sache *pro suo* besitzen bedeutet: durch Inbesitznahme derselben den Willen, dadurch

Eigentümer zu werden, zu äußern. Dieser Wille ist nicht identisch mit dem *animus possidendi*, der zur Hervorbringung des Besitzverhältnisses, *possessio civilis*, notwendig ist, sondern er wird neben dem *animus possidendi* gefaßt, um auf Grund der *possessio* durch die *possessio* die rechtlichen Wirkungen des Eigentumserwerbes hervorzubringen. Durch den *animus domini* wird die *possessio* bezeichnet, spezialisiert, von den anderen Besitzfällen unterschieden. Der Erwerb des Eigentumsrechtes an einer Sache durch bloße Inbesitznahme mit dem obigen Willen ist nur dann möglich, wenn die äußeren Umstände, unter denen sie geschieht, diesen Erfolg nach dem positiven Rechte hervorzubringen fähig sind.

An den *res nullius* ist vom positiven Rechte im Momente der Inbesitznahme mit dem obigem Willen der sofortige Eigentumserwerb gestattet. An diesen Sachen ist eine Ersitzung weder notwendig noch möglich. Bei allen anderen Sachen kann der bloße Wille der handelnden Person im Momente der Inbesitznahme ohne Hinzutreten anderer Bedingungen den gewünschten Erfolg, das heißt den Eigentumserwerb nicht hervorbringen; dazu sind vom positiven Rechte verschiedene Bedingungen vorgeschrieben, die den Eigentumserwerb unter Lebenden an den *res non nullius* regulieren. Der Mangel derselben vereitelt den beabsichtigten Eigentumserwerb, die Realisierung des Willens der handelnden Person. Das Vorhandensein derselben macht den, der mit obigem Willen den Besitz ergreift, sofort zum Eigentümer und die Ersitzung unnötig.

Angesichts dieser Vorschrift des positiven Rechtes finden wir folgendes: einerseits ist die Fassung des erwähnten Willens in Kenntnis des Mangels der obigen Bedingungen, also bei *scientia* der Fruchtlosigkeit der Inbesitznahme, der Unmöglichkeit der sofortigen Realisierung desselben bei einem vernünftigen Individium als unnatürlich, fast unmöglich hingestellt; andrerseits ist eine *inproba lucrativa usucapio pro suo* ausgeschlossen, von der sich auch in den Quellen keine Spur findet.

Der Wille, durch Inbesitznahme einer Sache *non nullius* Eigentum an derselben zu erwerben, *in scientia*, daß sie nach dem positiven Rechte im Momente der Inbesitznahme *nostrum non fit*, findet im Rechte keine Anerkennung und bekundet die

Unredlichkeit der handelnden Person, indem diese wissentlich ein fremdes Recht durch ihre Inbesitznahme verletzt. Den Gegenstand der *scientia* bildet die Kenntnis des Mangels des eigenen Rechtes zur Inbesitznahme, demnach von der Verletzung des fremden Rechtes.

Der *animus domini* findet Anerkennung, wenn er in *scientia* von der Möglichkeit der Realisierung desselben, also unter solchen Umständen gefaßt wird, unter denen die Inbesitznahme sofort das Eigentum an der Sache verschafft. Die Ersitzung *pro suo* ist demnach ausgeschlossen bei einer Kenntnis der Unmöglichkeit der sofortigen Realisierung des *animus domini* und bei der Kenntnis der Möglichkeit der sofortigen Realisierung. Es bleiben nur die zwei anderen Eventualitäten, nämlich der irrtümliche Glaube, *existimatio,* an die oben erwähnte Unmöglichkeit oder Möglichkeit.

Der irrtümliche Glaube an den Nichterwerb des Eigentumsrechtes im Momente der Inbesitznahme und durch dieselbe spricht zwar gegen die Fassung des obigen Willens, jedoch das römische Recht kennt den Satz, daß das *plus in re* das Übergewicht über die *existimatio mentis* hat, also daß überall da, wo die wirklich vorliegenden Tatsachen dem Individuum das Recht, wenn es nur die dazu notwendige Handlung vornimmt, zu verschaffen fähig sind, der Erwerb des Rechtes stattfindet und die Meinung des Individuums und die subjektiv unredliche Seite seines Willens als gleichgültig nicht beachtet werden.

M. a. W. die im geschilderten irrtümlichen Glauben erfolgte Inbesitznahme der Sache macht den Handelnden sofort zum Eigentümer ohne Prüfung seines Willens und Glaubens. Dies ist unbedingt eine Neuerung im Vergleich mit der strengen Prüfung der Kenntnis des Erben über sein eigenes Erbrecht.

Daraus ist ersichtlich, daß die Ersitzung *pro suo* nur im irrtümlichen Glauben an die obenerwähnte Möglichkeit stattfindet, da sie angesichts des wirklich eintretenden Eigentumserwerbes im Momente der Inbesitznahme unnötig ist und bei einer *scientia* der obigen Unmöglichkeit der *animus domini* an sich unnatürlich erscheint und vom Rechte niemals anerkannt wurde.

Auf Grund des Besitzes *pro suo* findet der Eigentumserwerb an einer *res non nullius* bei *scientia* der Möglichkeit eines solchen Erwerbes sofort, bei *existimatio* darüber nach einem oder zwei

Jahren statt. Den Inhalt des Glaubens der handelnden Person, in dem sie den Besitz ergreift, bildet das Eigentumsrecht an der Sache; der Besitzerwerber handelt im Glauben, daß ihm an der Sache ein Eigentumsrecht zusteht und er dasselbe durch die Inbesitznahme realisiert, erwirbt; er glaubt vor der Inbesitznahme sein Eigentum in Besitz zu nehmen *(quae nostra esse existimantes possideremus — cum suum esse existimaret),* und im Momente der Inbesitznahme das Eigentum zu erwerben *(quae nostra fieri existimantes possideremus; cum dominium nobis adquiri putamus). Pro suo autem possidere videtur tam is, qui dominus est, quam is qui putat se dominum esse,* und wird er im ersten Falle sofort, im zweiten erst nach einem oder zwei Jahren Eigentümer der Sache.

Die Ersitzung auf den Todesfall und die unter Lebenden sind identisch geregelt. Der *proba usucapio pro herede* desjenigen, *qui putat se heredem esse,* entspricht die *proba usucapio pro suo* desjenigen, *qui putat se dominum esse.* Die Grundlage des Erbrechts- und Eigentumserwerbes bildet der titulierte redliche Besitz an einer Sache. Der *inproba usucapio pro herede* entspricht in der klassischen Zeit keine *inproba usucapio pro suo,* sie blieb allein bestehen und wurde wegen der Improbität durch das Sc. Hadrians (Gai II., § 57) mittels *interdictum quorum bonorum* den klagenden Erben gegenüber unwirksam gemacht; später verschwindet sie von selbst, worüber unten. (L. 1, C. 7, 29.)

Der Glaube an das eigene Erbrecht oder Eigentumsrecht kann als etwas rein Innerliches niemals bewiesen werden. Anfangs wurde weder ein Beweis noch eine Wahrscheinlichkeit dieses Glaubens vom Besitzer gefordert. Später fing man an, vom Besitzer den Beweis solcher Tatsachen zu verlangen, die diesen Glauben rechtfertigen, m. a. W. der Besitzer mußte einen Rechtsfertigungsgrund, eine *iusta causa* eines solchen Glaubens angeben und beweisen. Dadurch war schon die Ersitzung erschwert. Die bloße Behauptung des Usukapienten: ich glaubte Erbe, Eigentümer der Sache zu sein, fand keine Anerkennung, es wurde die Ersitzung nicht nur auf subjektive Momente, Wille und Glaube des Besitzers, sondern auch außerdem auf eine anzuführende und zu beweisende objektive *causa* als Grundlage der *existimatio* gestützt. Zu dem Willen und Glauben

des Besitzers tritt die *causa existimandi* hinzu, welche ein objektives Erfordernis der Ersitzung wurde.

Der allgemeine Wille, Eigentümer der Sache durch Inbesitznahme zu werden, braucht zu seiner Anerkennung die auf die objektiv bestehende Tatsache gegründete Redlichkeit. Selbstverständlich ist das Hauptgewicht auf das Vorhandensein, die Existenz dieser Tatsache verlegt, da von der Existenz derselben die Anerkennung des Glaubens und demnach die des Willens des Besitzers, der Ersitzungserfolg also abhängt. Die Jurisprudenz beschäftigt sich mit der Frage, welche Tatsachen dazu geeignet sind, bei dem Besitzer einer *res non nullius* mit dem besprochenen Willen den gerechten Glauben, er habe Eigentum durch Inbesitznahme sofort erworben, hervorzurufen. Diesen Glauben können am leichtesten diejenigen Tatsachen hervorrufen, auf Grund deren sich regelmäßig der sofortige Eigentumserwerb an einer *res non nullius* für den Inbesitznehmer im Momente der Inbesitznahme vollzieht, welche vom positiven Rechte als dazu tauglich bezeichnet sind und welche gewöhnlich diese Wirkung ausüben, aber auch, wenn dieser Erfolg nicht stattfindet, an ihrer Existenz nichts einbüßen und rechtliche Tatsachen zu sein nicht aufhören. M. a. W. zur Rechtfertigung des obigen Glaubens erscheint nur diejenige Tatsache geeignet, die dem Inbesitznehmer im Momente der Inbesitznahme *in abstracto* Eigentum zu verschaffen fähig ist, aber *in concreto* dem bestimmten Inbesitznehmer dieses Eigentum nicht verschafft, in ihm jedoch eine *existimatio* darüber leicht erwecken kann.

Es sind also Tatsachen, auf Grund deren regelmäßig, man kann sagen am häufigsten der Eigentumserwerb für den Besitzer stattfindet, die jedoch auch im Falle des Ausbleibens dieses Erfolges nichts von ihrer Existenz verlieren und ihre Natur nicht ändern. Der auf dieser Grundlage stattfindende Eigentumserwerb des Besitzers ist demnach nur ein *accidentale negotii*, kein essentiales Moment, der Eigentumserfolg kann diese Tatsache begleiten oder ausbleiben, zu ihrer Existenz ist er nicht unumgänglich notwendig. Als *iusta causa existimandi se dominum rei exstitisse* können nur solche Tatsachen dienen, die der Eigentumserfolg für den Besitzer gewöhnlich begleitet, aber nicht begleiten muß, die eben wegen des sie gewöhnlich begleitenden

Eigentumserwerbes beim Besitzer leicht den Glauben an denselben erwecken können und zu seiner Rechtfertigung am besten dienen.

Die erste von den römischen Juristen angeführte Tatsache dieser Art ist die Tatsache der *emptio-venditio*, das Rechtsgeschäft des Kaufes, der Kauf. Der Kauf ist vom Rechte nicht zur Schaffung des Eigentumsrechtes an der Sache bestimmt und doch ist er der häufigste Weg, auf dem man durch Inbesitznahme der Sache *non nullius* das Eigentum an derselben erwirbt. Der so häufig und gewöhnlich auf Grund des Kaufes stattfindende Eigentumserwerb für den Besitzer kann ausbleiben, der Kauf bleibt Kauf und verliert nichts von seiner Natur und Existenz. Der Kauf ist die beste *causa existimandi se dominum rei exstitisse*, wirklich *iusta*. Jeder Besitzer einer gekauften Sache kann sehr leicht im irrtümlichen Glauben *se dominum exstitisse* sein, nur ausnahmsweise läßt sich beweisen, daß dieser Glaube unbegründet war.

Außer dem Kaufe sind in den Quellen auch andere Tatsachen desselben Charakters angeführt, zum Beispiel die *traditio ex causa, quam veram esse existimo* (L. 3, D. 41, 10), der Besitz an einem Sklavenkinde von der *bona fide* gekauften *ancilla furtiva* (L. 4 pr., D. 41, 10), die *perperam traditio* einer Sache vom Erben an den Legatar (L. 4 § 2, D. 41, 10), die *partitio* und *divitio bonorum* (L. 4 § 1, D. 41, 10), die *traditio* der Sache *dotis causa* vor der Ehe an den Sponsus, aber *ea mente, ut statim res eius fiant* (L. 1 § 2, D. 41, 9), wozu auch die ungültige Ehe mit der vermeintlich für eine Freie gehaltenen *ancilla* (L. 67, D. 23, 3) gezählt werden kann. In allen diesen Fällen war für die Juristen die Hauptsache die Prüfung, ob der Tatbestand des angeführten Umstandes den obigen Glauben rechtfertigt oder nicht, ob er *sufficit* oder nicht. Dadurch erklärt sich die Mannigfaltigkeit der Fälle der Ersitzung *pro suo*, da in derselben der Usukapionserfolg lediglich von einer solchen Tatsache abhängt, die zur Rechtfertigung des obigen Glaubens *sufficit* und diese sehr verschiedenartig gestaltet.

Die weitere Forschung nach den *iustae causae existimandi se dominum exstitisse* hat unmittelbar auf die Untersuchung derselben geführt, was eine sehr wichtige Umwandlung der Ersitzungs-

lehre mit sich brachte. Der Verkäufer ist dem Käufer nur zur Leistung des *habere licere, non etiam ut eius faciat* (L. 30 § 1, D. 19, 1) verpflichtet. Diese Leistung des Verkäufers bildet den Hauptzweck des ganzen Geschäftes und verleiht ihm seinen eigentlichen Charakter.

Derjenige, der ein so charakterisiertes Geschäft abschließt, äußert in erster Linie den auf Hervorbringung des dem Geschäfte eigentümlichen Erfolges gerichteten Willen; der Verkäufer und der Käufer haben beim Abschluß und durch den Abschluß des Kaufgeschäftes den Willen geäußert, dem Käufer das *habere* der Sache zu verschaffen. Nebenbei kann beiderseits der Wille, das Eigentumsrecht zu übertragen, dasselbe dem Käufer zu verschaffen, gefaßt werden, aber dieser Wille findet in dem Kaufgeschäfte keine Äußerung, er begleitet das Kaufgeschäft, ist aber in ihm nicht enthalten.

Es sind zwei Momente im subjektiven Willen der handelnden Personen zu unterscheiden: der Wille zum *habere licere* und der Wille, das *habere* zu erwerben; der Wille zum *dominium transferre* und zum *dominium accipere*. Der erstere findet in dem Rechtsgeschäfte seine Äußerung und ist eigentlich Stoff und Ursache der Vornahme desselben, der zweite begleitet nur gewöhnlich das Rechtsgeschäft, ist ihm aber nicht spezifisch eigentümlich. Es unterliegt keinem Zweifel, daß das erste Willensmoment das Übergewicht über das zweite erhalten soll und den Hauptwillen bildet, den der Nebenwille begleitet.

Die römische Jurisprudenz hat diesen Umstand auf diese Weise berücksichtigt, daß sie außer dem *animus domini* auch eine *affectio emptoris* beim Besitzer einer gekauften Sache zu unterscheiden anfing, nach dieser *affectio emptoris* die *possessio* und demzufolge die *usucapio* benannte und einen Besitz-Ersitzungstitel *pro emptore* neben dem allgemeinen *pro suo* anerkannte.

Die Anerkennung des Besitz- und Ersitzungstitels *pro emptore* hat die Frage hervorgerufen, ob dem Nebenwillen *(pro suo)* oder dem Hauptwillen *(pro emptore)* der Vorzug einzuräumen sei. Es enstand ein Streit unter den Juristen, worüber die L. 27, D. 41, 3 ausdrücklich referiert. Man hat den Besitz-Ersitzungstitel *pro emptore* anerkannt, aber den Usukapionserfolg nach dem Schema der *pro suo*-Ersitzung beurteilt.

Bei der Ersitzung *pro suo* hing die Usukapionsbefugnis vom Willen, Eigentümer durch Inbesitznahme zu werden, vom Glauben *dominum se exstitisse* und von einer *iusta causa* dieses Glaubens ab. Man hat die Ersitzung *pro emptore* nach diesem Schema erteilt; wenn also jemand *cum affectione emptoris* die Sache in Besitz nahm, *emptorem se exstitisse* glaubte und eine *iusta causa* dieses Glaubens hatte, konnte er ersitzen. (L. 11, D. 41, 4.)

In diesem Schema fehlt die Angabe des Inhalts des guten Glaubens, da der Glaube *emptorem se exstitisse* noch nicht die *scientia alienam rem se possidere* ausschließt. Es bleibt nur übrig, als eine *bona fides* in solchem Falle entweder den Glauben an das Eigentumsrecht des vermeintlichen Verkäufers oder den der *pro suo*-Ersitzung eigentümlichen Glauben, *dominum se exstitisse,* anzunehmen. In L. 5, D. 41, 10 erscheint noch in einem solchen Falle die Ersitzung *pro suo,* in L. 11, D. 41, 4 schon eine Ersitzung *pro emptore* zugelassen.

Von diesem Standpunkte aus erscheint die *affectio emptoris* gänzlich dem *animus domini* analog beurteilt und der Wille des Verkäufers dadurch außer acht gelassen. Andrerseits haben die anderen Juristen mit größerer Aufmerksamkeit die *affectio emptoris* berücksichtigt. Die *affectio emptoris* hat ihre natürliche Grundlage in der Äußerung des Willens des Verkäufers, eine Sache zu verkaufen, stützt sich nur auf dieses *vendere* einer Person, für sich selbst genommen aber zeigt sie nur eine Seite ein Moment der Tatsache des Geschäftes.

Sobald einmal die *affectio emptoris* Anerkennung findet und nach ihr der Besitz genannt wird, ist es die natürliche Folge, auch die Grundlage derselben in Erwägung zu ziehen, das *vendere* des Verkäufers als notwendiges Erfordernis der *affectio emptoris* zu verlangen. Der Kauf als *iusta causa existimandi se dominum exstitisse* ist nur dann zur Rechtfertigung dieses Glaubens geeignet, wenn er vollkommen erwiesen wurde; die Behauptung der *affectio emptoris,* der Glaube *emptorem se exstitisse* erfordert das Vorhandensein desjenigen Umstandes, der neben der *affectio emptoris* den Tatbestand der *iusta causa existimandi* ausmacht und dieser *affectio* zur eigentlichen Grundlage dient.

Durch Aufstellen des Erfordernisses des *vendere* beim Verkäufer zur *iusta causa existimandi se dominum rei exstitisse,*

vermehrt sich die Zahl der Bedingungen der Ersitzung *pro suo*. Es wird gefordert: Der Besitz *pro suo*, der Glaube *se dominum exstitisse* und der Kauf, eine wirkliche *emptio-venditio* als *iusta causa existimandi*, also die Äußerung des Willens einer fremden Person (außerhalb der Person des Besitzers), die Mitwirkung dieser anderen Person, des Verkäufers. Der Wille und Glaube des Besitzers reicht nicht mehr aus, es muß der Wille und die Handlung einer anderen Person hinzutreten, um die Rechtfertigung des Glaubens des Besitzers herzustellen.

Die Elemente: 1. der Wille, durch Inbesitznahme der Sache ihr Eigentümer zu werden; 2. der Glaube, dadurch Eigentum erworben zu haben; 3. die *iusta causa* des Glaubens ad 2., dargestellt durch die Tatsache des Abschlusses des Kaufes der Sache, und zwar aus 4. der *affectio emptoris* des Inbesitznehmers und 5. der *affectio venditoris* der fremden Person, des Verkäufers, zusammengesetzt, bilden die Erfordernisse der Ersitzung *pro suo* an einer im Wege des Kaufes in Besitz genommenen Sache.

Der Wille ad 1., verkörpert im Besitztitel *pro suo*, wird angesichts der *affectio emptoris* jedoch durch den Besitztitel *pro emptore* ausgedrückt und ist nur Nebenwille. Selbstverständlich muß der Nebenwille dem Hauptwillen weichen[1]), der Ersitzungserfolg wird nach der *affectio emptoris* benannt und hervorgerufen. Die Ersitzung *pro suo* mit dem Kaufe als einer *iusta causa existimandi* hat sich in die Ersitzung *pro emptore* aufgelöst. Der Kauf als eine *iusta causa existimandi se dominum exstitisse* führt zur Ersitzung *pro emptore*, da er den guten Glauben des Inbesitznehmers ausreichend rechtfertigt. Durch den Beweis der Tatsache der *emptio-venditio* stellt sich der Glaube *se dominum exstitisse* als gerechtfertigt dar.

Der Kauf überträgt dem Käufer das Eigentum an der Sache, wenn der Verkäufer das Eigentum daran hatte. Die Äußerung der beiderseitigen *affectio* und das Eigentumsrecht des Verkäufers übertragen das Eigentum an der Sache auf den Käufer.

---

[1]) Scheurl, I., S. 190: „In der Wirklichkeit aber wird niemand das Eigentum einer Sache übertragen oder erlangen wollen, bloß damit eben ein Eigentumsübergang stattfinde, sondern es wird dies wieder nur das Mittel sein sollen zur Erreichung eines anderen rechtlichen Zweckes: Vollziehung eines Verkaufsgeschäftes, einer Schenkung usw."

Der Käufer einer Sache muß, wenn er das Eigentum daran erworben zu haben glaubt, unbedingt an das Eigentumsrecht des Verkäufers glauben, da ohne diesen Glauben die *existimatio se dominum exstitisse* unmöglich ist und der Glaube nur an diesen Umstand allein zur Entstehung des obigen Glaubens beim Käufer ausreicht. Der Glaube auf Grund des Kaufes *se dominum exstitisse* wird durch den Glauben an das Eigentumsrecht des Verkäufers genügend ersetzt, mehr ist nicht erforderlich; aber ohne diesen Glauben an das Eigentumsrecht kann der Glaube *se dominum exstitisse* nicht entstehen.

Demnach war es eine natürliche Folge, daß man den Glauben *se dominum exstitisse* im Falle der Anführung der Tatsache des Kaufes als eine *iusta causa existimandi* mit dem Glauben an das Eigentumsrecht des Verkäufers identifizierte. Dadurch wurde ein weiterer Zweig der *usucapio pro suo* durch einen neuen Umstand beleuchtet. Der Hauptwille, *affectio emptoris,* erlangt den Vorzug vor dem Nebenwillen, *animus domini;* der Glaube an das Eigentumsrecht des Verkäufers ist ein ausreichender Stoff des Glaubens *se dominum exstitisse.* Die Juristen erteilen dem Besitzer einer *res non nullius* die Usukapionsbefugnis unter dem Titel *pro emptore,* weil derselbe durch den Beweis des Kaufes über die Sache die *affectio emptoris* äußert und den Glauben *rem venditoris esse* dadurch rechtfertigt.

Der Umstand, daß an Stelle des Glaubens *se dominum exstitisse* der Glaube *rem venditoris esse* trat, läßt sich auf anderem Wege erklären. Die *affectio emptoris* als Bestandteil der *emptio-venditio,* als *iusta causa existimandi* gründet sich auf die *affectio venditoris,* auf einen nicht auf Seite des Besitzers, sondern auf Seite des Verkäufers liegenden Umstand. Analog dazu gab man dem Glauben an einen auf Seite des Verkäufers liegenden Umstand, zum Beispiel an das Eigentumsrecht des Verkäufers, den Vorzug vor dem Glauben an das seitens des Besitzers erworbene Eigentumsrecht, umsomehr als der letztere im Falle eines Kaufes den ersteren umfaßt und durch den ersten ausreichend verteten wird.

Der Kauf hat als eine *iusta causa existimandi se dominum rei exstitisse* durch Inbesitznahme zuerst zur Anerkennung der *affectio emptoris* neben dem *animus domini,* also zur Entstehung

des Besitztitels *pro emptore* geführt, nachher zum Erfordernisse der Äußerung der *affectio venditoris* seitens einer anderen Person außer dem Besitzer, zur Rücksichtnahme auf diesen fremden Willen und zur Verdrängung des Glaubens *dominum se exstitisse* durch den Glauben an das Eigentumsrecht des Verkäufers; er hat die Ersitzung *pro suo* in eine Ersitzung *pro emptore* umgewandelt und dadurch die erstere abgeschafft.

Die Elemente der Ersitzung *pro suo:* 1. der Wille, durch Inbesitznahme Eigentümer der Sache zu werden; 2. der Glaube, Eigentümer dadurch geworden zu sein mit einer *iusta causa* ad 2., vertreten durch einen, aus 3. der *affectio emptoris* und 4. der *affectio venditoris* zusammengesetzten Kauf, erscheinen durch die Elemente der Ersitzung *pro emptore:* 1. die *affectio emptoris,* 2. den Glauben an das Eigentumsrecht des Verkäufers und 3. die Tatsache der Äußerung der *affectio venditoris* als Beweis der *affectio emptoris* und der *iusta causa* des Glaubens wie 2. verdrängt. Da die *affectio emptoris* und *venditoris* zusammengesetzt das Kaufgeschäft bilden, so kann das Obige kurz gefaßt folgendermaßen ausgedrückt werden: zur Ersitzung *pro emptore* ist der Kauf und der Glaube an das Eigentumsrecht des Verkäufers erforderlich.

Der Kaufvertrag als Äußerung des Willens des Verkäufers, *rem emptori habere licere,* bietet dem Käufer die beste Grundlage für seinen Besitz, sein Besitz gründet sich eben auf den Kaufvertrag als Äußerung des obigen Willens.

Die Einwilligung des Verkäufers *(licere),* die Sache zu besitzen *(habere),* dem Käufer gegenüber geäußert, ist die Grundlage, *causa* des Besitzes des Käufers, begründet beim Käufer das Recht zum Besitze der Sache und rechtfertigt den Besitzerwerb vom Standpunkte des positiven Rechtes. Der Kauf ist eine *causa posessionis,* vom positiven Rechte zur Begründung des Besitzerwerbes für eine Person bestimmt und von demselben in diesem Charakter anerkannt, eine wirklich *iusta* (vom *ius* anerkannte) *causa possessionis.*[1]) Der Kauf ist also die vom Rechte anerkannte Grundlage, also: *iusta causa* 1. *existimandi dominum rei venditorem esse;* 2. *possessionis;* einerseits der Rechtfertigungsgrund des guten Glaubens, andrerseits der Grund des Besitzerwerbes des Käufers.

---

[1]) Scheurl, I., S. 191.

Die zuletzt erwähnte Eigenschaft des Kaufes, daß er dem Käufer als *causa possessionis* dient, ist vom subjektiven Glauben des Subjektes, insbesondere vom Glauben an das Eigentumsrecht des Verkäufers nicht abhängig; durch den beiderseitigen Willen des Verkäufers und des Käufers hervorgebracht, beweist er auch am besten die *affectio,* also den Besitztitel *pro emptore.* Die Ersitzung *pro suo* mit dem Kaufe als *iusta causa existimandi* hat zur gänzlichen Umwandlung der Ersitzung *pro emptore* geführt. Der wirklich abgeschlossene Kauf beweist die durch den Besitztitel *pro emptore* dargestellte *affectio emptoris,* das Recht zur Inbesitznahme der Sache und rechtfertigt die *bona fides* des Besitzers. In diesem Sinne ist er wirklich nicht nur eine *iusta causa possessionis, existimandi,* sondern auch *usucapionis.*

Außer dem Kaufe sind auch *donatio,* Dosbestellung und Vermächtniserrichtung geeignet, beim Besitzer den Glauben *dominum rei se exstitisse* hervorzurufen und verlieren doch auch, wenn sie diesen Erfolg dem Besitzer nicht verschaffen, nichts an ihrer Existenz. *Donatio rei* äußert den Hauptwillen zum *liberalitatem exercere, donare,* ähnlich dem *habere licere* des Kaufes, und den Nebenwillen, Eigentum zu übertragen und dadurch eben den Hauptwillen zu realisieren.

Zuerst will jemand eine Person beschenken, dann wählt er zu diesem Zwecke die Übertragung des Eigentumsrechtes an einer Sache und übergibt diese Sache. Der auf Grund dessen erworbene Besitz, *possessio,* gründet sich eigentlich auf diesen Hauptwillen zum *donare,* auf die Tatsache des *donatum* und heißt (sehr richtig) *pro donato.* Der Besitzerwerber hat in dieser von einem solchen Willen umhüllten Handlung der Person des Besitzübergebers einen genügenden Grund zur Annahme, daß der Schenker Eigentümer der Sache sei, da es gegen die Vernunft verstößt, jemandem durch Übergabe einer fremden Sache eine Vermögensbereicherung zuwenden zu wollen, und eine solche Vermutung viel schwerer beim Besitzerwerber entstehen kann als der Glaube an das Eigentumsrecht des Schenkers.

In der Dosbestellung und der Vermächtniserrichtung sind auch der Hauptwille, *ad sustentanda onera matrimonii* etwas beizutragen oder eine Vermögenszuwendung auf den Todesfall unentgeltlich vorzunehmen, und der zu diesem Zwecke gefaßte

auf die Eigentumsübertragung an die honorierte Person gerichtete Wille enthalten. Die Tatsache der Dosbestellung, der Vermächtniserrichtung rechtfertigt auf dieselbe Weise wie Verkauf oder Schenkung einer Sache den Glauben an das Eigentumsrecht des Dosbestellers, des Vermächtnisgebers (Testators).

Derjenige, der einen Hauptwillen auf *donare,* Bestellen einer *dos, legare,* und einen Nebenwillen, Eigentum an einer Sache zu übertragen, faßt, muß dies irgendwie äußern. Hat er dazu die Übergabe der Sache gewählt, so ist diese *traditio* gänzlich von dem ihr innewohnenden Willen des Tradenten erfüllt und stützt sich als Handlung zur Äußerung dieses Willens auf ihn als ihre Grundlage, die *causa traditionis.*

Die Tradition ist nur eine Vermittlungshandlung, die zur Äußerung des Willens der handelnden Person dient und von der Existenz dieses Willens abhängt. In der Tradition als Äußerung des obigen Haupt- und Nebenwillens ist auch die Einwilligung zum Besitzerwerbe für den Traditar enthalten, da derjenige, der das Eigentum an einer Sache übertragen will und diesen Willen durch die Tradition äußert, dadurch *implicite* die Einwilligung zum Besitzerwerbe zu Gunsten des künftigen Eigentümers kundgibt und da die Ausübung des Eigentumsrechtes, also der mit dem Nebenwillen angestrebte Erfolg eben durch den Besitz ermöglicht wird.

Infolge der Tradition erwirbt der Empfänger den Besitz der Sache, die *possessio,* die den weiteren Realisierungsakt für den Willen des Tradenten darstellt. Außer der Tradition (obwohl sie den häufigsten und gewöhnlichsten Weg zur Äußerung des Willens bildet) können auch andere tatsächliche Vorgänge den betreffenden Willen äußern, zum Beispiel genügt dazu die schriftliche Errichtung eines Vermächtnisses, da in dem Kodizill der Haupt- und Nebenwille, *implicite* die Einwilligung zum Besitzerwerbe geäußert werden.

Jede Handlung, die zur Äußerung des Willens geeignet ist, reicht aus und ist von diesem Willen als *causa* abhängig, es ist kein Grund zur Hervorhebung der Tradition als eines spezifischen Erfordernisses der Ersitzung vorhanden.

In der Ersitzungslehre ist der Besitz die Hauptsache, und da erst der Besitz auf Seiten des Besitzers vollkommen den

Willen zum *vendere, donare,* Bestellen der *dos, legare* verwirklicht, so wird nur der Besitz *pro emptore, donato, dote, legato* genannt, da der Wille in ihm als dem letzten Realisierungsakte seinen vollkommenen und gänzlichen Ausdruck findet.

Es ist erklärlich, daß der Besitz als Realisierungsakt des betreffenden Willens gänzlich von der Existenz und Anerkennung des Willens abhängt. Der Wille zum *vendere, donare* usw. ist demnach Grundlage: 1. seiner Äußerungshandlung *(causa traditionis);* 2. des Erfolges der Handlung *(causa possessionis);* 3. des Glaubens an das Eigentumsrecht des Verkäufers, Schenkenden usw. *(causa existimandi);* 4. der *affectio emptoris,* des Annahmewillens auf Seite des Beschenkten, Ehemannes, Honorierten; dieser Wille bildet, mit der *affectio* ad 4. zusammengesetzt, das Rechtsgeschäft der *emptio-venditio, donatio, dotis datio,* des *legatum.* Der Zusatz *iusta* hebt nur die Eigenschaft hervor, daß das positive Recht diesen Willen berücksichtigt.

Die Ersitzung *pro suo* hat sich in mehrere *species usucapionis* aufgelöst und dazu hat die Untersuchung der *iusta causa existimandi* geführt. Dadurch erklärt sich der Umstand, daß die Ersitzung *pro suo* in den Fragmenten der späteren Juristen nicht vorkommt. In L. 1 § 2, D. 41, 9 ist wohl die Ersitzung zugelassen, aber erst nachdem der Nebenwille, Eigentum an den Sponsus zu übertragen, und zwar schon vor der Ehe, vor der Realisierung des durch den Abschluß der Ehe bedingten Hauptwillens der Dosbestellung, angesichts der künftigen Ehe natürlich selbständige Anerkennung gefunden hatte.

Die Ersitzung *pro suo* mit 1. dem Willen, *dominium* durch Inbesitznahme zu erwerben; 2. dem Besitzerwerbe als Realisierung dieses Willens; 3. dem Glauben, Eigentum im Momente der Inbesitznahme und durch dieselbe erworben zu haben; 4. der *emptio-venditio, donatum, dotis datio, legatum* als *iusta causa* des Glaubens ad 3: ist aufgelöst in die Ersitzungsarten *pro emptore, donato, dote, legato,* in denen der obige Wille ad 1. durch die *affectio emptoris,* den Willen, die Schenkung, *dos, legatum* anzunehmen, als Nebenwlle in den Hintergrund gedrängt wird; der Besitzerwerb die *affectio emptoris* usw. realisiert wird und davon seinen Namen erhält; endlich der Glaube ad 3. durch den Glauben an das Eigentumsrecht des Verkäufers, Schenkenden usw. ersetzt

wird und die *emptio venditio, donatum* usw. als Äußerung des Willens zum *vendere, donare* usw. die *iusta causa* für alle vorerwähnten Umstände bilden.

Durch die besonderen Besitztitel werden besondere Spezies unterschieden, der Titel bekundet, daß im Besitz der Wille zweier Personen verkörpert wird und eine *alienatio* im Besitzerwerbe ihren Ausdruck findet. Deswegen spricht Justinian [L. 3, C. 7, 37 pr. . . . *donationis vel emptionis vel cuiuslibet alienationis titulo quicquam accipiunt . . . per alios titulos alienationis quicquam detinentes* . . . § 1 d. *per quemcumque titulum alienationis* . . . (Vgl. § 3, § 4; L. 2, C. 7, 38; L. 8 pr., C. 7, 39)] von einem *titulus alienationis,* da zu seiner Zeit die den einseitigen Willen ausdrückenden Besitztitel nicht mehr anerkannt waren.

Diese Umwandlung der Ersitzung *inter vivos* ist nicht ohne Einfluß auf die Ersitzung *pro herede* geblieben. Zuerst erfolgte die Umwandlung der Erbrechtsersitzung in eine Eigentumsersitzung *pro herede.* Zweitens hat das Erfordernis der *iusta causa existimandi se heredem exstitisse,* von der Ersitzung *pro suo* herübergenommen, dazu geführt, daß man auch hier nach einer solchen *iusta causa,* wie sich Kauf, Schenkung usw. dargestellt haben, suchte.

Die Untersuchung führte notwendig zur gänzlichen Ausschließung der Ersitzungsart *pro herede* beim Eigentumsrechte. Der Wille, eine Person auf den Todesfall als *successor per universitatem in singulas res* zu berufen, ist vom Rechte anerkannt und hat rechtliche Wirkungen, wenn er vom Eigentümer geäußert wird, sonst ist er ein im rechtlichen Sinne bedeutungsloser Akt. Wenn jemand zum Erben eingesetzt (zur Erbschaft testamentarisch berufen) wird, so kann die betreffende Willensäußerung des Testators, sein Testament, in dem Berufenen den Glauben an den Vollzug des Erbrechtserwerbes, beziehungsweise Eigentumserwerbes im Momente der Inbesitznahme und durch dieselbe leicht erwecken; sie wird aber, wenn sie nicht vom Eigentümer der Sache geäußert wurde, keine *iusta causa existimandi* bilden.

M. a. W. das Testament einer Person hat nur für dieses dem Testator gehörige Vermögen rechtliche Bedeutung, ein Testament über ein dem Testator nicht gehöriges Vermögen

wird nicht anerkannt. Das *testamentum* des Nichteigentümers kann zwar bei dem Berufenen die *existimatio se heredem esse, dominum esse* erwecken, aber nicht *iuste.*

Das Testament ist nicht geeignet, das Eigentumsrecht an den Berufenen nicht zu übertragen und doch seine Existenz, und seine Anerkennung durch das positive Recht, sein *ius,* zu erhalten. Die Berufung zur Erbschaft durch den Nichteigentümer kann weder eine *iusta causa* des Willens sein, durch Inbesitznahme Erbe, Eigentümer zu werden, noch der *possessio pro herede* als Realisierung dieses Willens und des Glaubens *heredem, dominum se exstitisse.*

Die Untersuchung der *iusta causa existimandi se heredem, dominum exstitisse* (auf Grund des Erbrechtes) hat zur Hervorhebung des Willens des Testators geführt. Weil der Wille zu testieren nur für den Eigentümer des Vermögens rechtlich anerkannt wird und von Seite des Nichteigentümers bedeutungslos ist; weil weiter das Testament des Eigentümers zu Gunsten des Besitzerwerbers denselben sofort im Momente der Inbesitznahme und durch dieselbe zum Erben, Eigentümer auf Grund des Erbrechtes erhebt, also eine Ersitzung vollkommen unnötig macht, das Testament jedoch des Nichteigentümers, dem Besitzerwerber das wichtige Erfordernis der Ersitzung, den guten Glauben nicht *iuste* rechtfertigt und ihm die Ersitzungsbefugnis nicht erteilt: so ist es erklärlich, daß die Ersitzung des Erbrechtes *pro herede,* später die des Eigentumsrechtes, nach Aufstellung des Erfordernisses der *iusta causa existimandi se heredem* (später *dominum) exstitisse* verschwinden und sich als Ersitzungsart des Eigentumsrechtes untauglich, *iniusta* erweisen mußte.

Die Quellen überliefern in L. 33 § 1, D. 41, 3 nur einen Beweis der Entwicklungsphase, in der eine *iusta causa existimandi se heredem exstitisse* verlangt wurde. Von einer weiteren der Entwicklung der Ersitzung *(pro suo)* unter Lebenden analogen Phase der Ersitzung auf den Todesfall schweigen die Quellen. Die Ersitzung *pro herede* mit einer *iusta causa existimandi se heredem exstitisse* hat sich als *iniusta,* von einem anderen Standpunkte aus als die alte, lukrative *usucapio pro herede* erwiesen.

Die erste ist deswegen *iniusta,* weil in ihr kein Rechtfertigungsgrund für die Redlichkeit des Besitzes *pro herede* zu finden ist, die zweite wegen der Unredlichkeit des Besitzers:

iniusta wegen Mangel der *iusta causa existimandi, possessionis,* des Willens Erbe zu werden, der Usukapion; *improba* wegen der Unredlichkeit des Besitzers.

Nur einige Juristen haben in L. 3, D. 41, 5 versucht, die Ersitzung *pro herede* auf Grund der Berufung vom Nichteigentümer zuzulassen, in den Fragmenten der späteren Juristen, in den kaiserlichen Konstitutionen und in den Institutionen Justinians hingegen kommt die Ersitzung *pro herede* nicht vor und wird von den Kaisern als nicht existierend dargestellt (L. 1, C. 7, 29). Die *inproba* ist ihrerseits durch *interdictum quorum bonorum, Sc. Hadriani* ersetzt worden.

Es ist sehr wahrscheinlich, daß später beide Arten der Ersitzung *pro herede, iniusta et inproba,* obwohl aus verschiedenen Gründen, ihre praktische Anwendung verloren haben, da jeder Besitzer der Sache *pro herede* dem wahren Erben im Prozesse weichen mußte und seinen Glauben und damit die Ersitzungsbefugnis *pro herede* nicht rechtlich genügend rechtfertigen konnte.

Rem derelinquere ist sehr ähnlich dem *rem vendere.* In beiden Fällen äußert man den Willen zum *non habere,* wozu sich beim *vendere* der Wille einer bestimmten anderen Person, gerichtet auf dieses *habere licere,* gesellt. Die Dereliktion ist ebenso wie andere schon angeführte Tatsachen geeignet, eine *iusta causa existimandi se dominum exstitisse* zu sein, da sie in erster Linie den Willen des bisherigen Besitzers zum *rem non habere* äußert. Die Handlung, wodurch dieser Wille in der Außenwelt erscheint, ist die Versetzung der Sache in den Zustand der Besitzlosigkeit.

Eine weitere Folge der Aufgabe der Sache seitens des bisherigen Besitzers ist der Eigentumsverlust, der nur dann platzgreift, wenn dem Preisgebenden das Eigentum an der Sache zustand. So wie der Verkäufer *implicite* im Willen zum *vendere* seine Absicht, gerichtet auf das *rem non habere*[1]), seinerseits und auf *habere licere* einem anderen gegenüber äußert und sein Wille im positiven Rechte Anerkennung findet, ungeachtet des Mangels des Eigentumsrechtes beim Verkäufer, ebenso

---

[1]) Scheurl, I., S. 195, 202, 204.

wird der Wille des letzten Besitzers auf das *rem non habere* durch Besitzaufgabe, durch Versetzung der Sache in den Zustand der Besitzlosigkeit geäußert und ist von seinem Eigentumsrechte nicht abhängig; er verdient ebenso wie das *vendere* des Verkäufers volle Anerkennung, um eine *iusta causa existimandi* für den Inbesitznehmer zu bilden.

Es entstanden analog: der Besitztitel *pro derelicto* als Ausdruck des Willens, den vom letzten Besitzer absichtlich verursachten Zustand der Besitzlosigkeit der Sache auszunützen die *iusta causa possessionis pro derelicto* und die *iusta causa existimandi* an das Eigentumsrecht des letzten Besitzers.

Den Beweis der Dereliktionshandlung vom Usukapienten zu verlangen, also von ihm außer dem Beweise des Zustandes der Besitzlosigkeit der Sache noch den Beweis für die intimsten Regungen in der Seele des letzten Besitzers, den er manchmal, vielleicht regelmäßig überhaupt nicht kennt, zu fordern, erschien den römischen Juristen zu hart.

Man hat dem Usukapienten den Beweis des *animus derelinquendi* beim letzten Besitzer erlassen, es genügte, wenn er den Zustand der Besitzlosigkeit der Sache im Momente seiner Inbesitznahme außer Zweifel stellte; es war Sache des Richters zu prüfen, ob die tatsächlichen Umstände, unter denen der Besitzer die besitzlose Sache in Besitz nahm, auf den *animus derelinquendi* des letzten Besitzers schließen lassen, ob sie den Willen, den Besitztitel *pro derelicto* des Usukapienten, somit seinen Glauben an das Eigentumsrecht des letzten Besitzers und an seinen eigenen Eigentumserwerb rechtfertigen. Der Zustand der Besitzlosigkeit der Sache unter solchen Umständen, daß er sich objektiv als Resultat des dadurch geäußerten *animus derelinquendi* des letzten Besitzers darstellt, war ausreichend, um eine *iusta causa possessionis, existimandi* des Usukapienten zu bilden. Nicht nur eine *res derelicta,* sondern auch eine *res pro derelicto habita* kann *pro derelicto* ersessen werden.

Zuletzt fand Anerkennung als *iusta causa existimandi se dominum exstitisse* die *solutio.* Der Wille, eine Schuld zu tilgen *(solvere),* durch Übergabe der Sache geäußert, ist von dem Eigentumsrechte des Zahlers nicht abhängig und bewahrt

seine rechtliche Wirkung, auch wenn der Nebenwille, Eigentum an der Sache zu übertragen, mit der Absicht den Hauptwillen, *solvere,* zu verkörpern, nicht realisiert wird.

Jedoch der Wille zum *solvere* ist immer im Hinblick auf eine Schuld gefaßt, also in der *scientia* oder zum mindesten in der *existimatio* über die Existenz derselben. Diesen Umstand hebt Paulus als eine Bedingung der Fassung des Willenszum *solvere* hervor.

Im übrigen ist der Besitz- und Ersitzungstitel *pro transacto* gänzlich den bisher angeführten nachgeahmt.

Die geschilderte Entwicklung des Ersitzungsinstitutes berechtigt zur Aufstellung der Hypothese:

Die Ersitzung der XII Tafeln-Gesetze enthalten im Satze: *usus, auctoritas fundi, biennium, ceterarum rerum annus esto* mit dem durch den *usus* bestätigten Herrschaftswillen, hat sich in zwei Zweige geteilt: die Ersitzung auf den Todesfall und die Ersitzung unter Lebenden. Der allgemeine Herrschaftswille wurde nach den ihm innewohnenden Richtungen: das Recht an der Sache als *successor* auf den Todesfall, also Erbe — oder als *successor* unter *vivos,* also Eigentümer zu erwerben, geteilt.

Es entstanden an Stelle der einheitlichen *usus auctoritas* zwei *species possessionis et usucapionis: pro herede* und *pro suo.* Damit kann eine zweite Entwicklungsphase des Institutes registriert werden.

Die dritte Periode fängt mit dem Gefühle der Improbität eines solchen Erwerbes an, wenn er in der *scientia* von der Verletzung des fremden Rechtes vor sich geht, und mit der Aufstellung des Erfordernisses der Redlichkeit des Besitzers endigt. (Gai IV. § 166. Proculus, Neratius, Trebatius.) Die vierte Periode ist jene, die mit dem Erfordernisse einer *iusta causa existimandi* anfing und zur (V.) gänzlichen Außerkraftsetzung der Ersitzung *pro herede* und Auflösung der Ersitzung *pro suo* in die *species usucapionis: pro emptore, donato, dote, legato, derelicto, soluto, transacto* führte.

I.	II.	III.	IV.	V.	
Usus auctoritas der XII Tafeln-Gesetze zerfiel in:	1. *usucapio (usus-capio) pro herede*	Später entstand das Erfordernis des guten Glaubens,	dann das der *iusta causa*	zur Verdrängung der *usucapio pro herede*	
	2. *usucapio (usus-capio) pro suo*		dieses Glaubens und führte	zur Spaltung der *usucapio pro suo* in die	*usucapio pro emptore,* *usucapio pro donato,* *usucapio pro dote,* *usucapio pro legato,* *usucapio pro derelicto,* *usucapio pro soluto,* *usucapio pro transacto.*

In den Digesten findet sich keine Spur von der *usus auctoritas*; von der *usucapio pro herede* der II. Periode sprechen Gai Inst. II § 52—58 im positiven Sinne, L. 1, 2, D. 41, 5; L. 29, D. 41, 3; L. 1, C. 7, 29 nur im negativen Sinne. Zur III. Periode gehören L. 67, D. 23, 3; L. 4 pr. D. 41, 10; L. 5 pr. D. 41, 10 über die *usucapio pro suo*. Zur IV. Periode gehören L. 33 § 1, D. 41, 3 über den redlichen Besitz *pro herede*, L. 3, D. 41, 5 über die *usucapio* auf Grund des Besitzes *pro herede*, L. 3, 4 § 1, 2 L. 5 in f. D. 41, 10 über die *usucapio pro suo* Zur V. Periode gehören nur die Fragmente über den Besitztitel *pro suo* L. 3 § 21, D. 41, 2; L. 3 § 4 D. 41, 2; L. 1, 2, D. 41, 10, sonst nur Fragmente über die verschiedenen obigen Ersitzungsspezies, *pro emptore* usw.

In den kaiserlichen Reskripten und den Institutionen ist keine Spur von der Zulassung der Ersitzung *pro suo, pro herede*, sondern nur die Rede von den Ersitzungsarten *pro emptore* usw. Jetzt gewinnt seine volle Bedeutung der Satz I. II., 6 pr.[1]) *Jure civili constitutum fuerat, ut, qui bona fide ab eo, qui dominus non erat, cum crediderit eum dominum esse, rem emerit vel ex donatione aliave qua iusta causa acceperit, is eam rem, si mobilis erat, anno ubique, si immobilis, biennio tantum in Italico solo usucapiat, ne rerum dominia in incerto essent.* (Vgl. L. 11, C. 7, 33.)

Hieher gehört der Satz § 11[2]): *Error autem falsae causae usucapionem non parit. veluti si quis, cum non emerit, emisse se existimans possideat: vel cum ei donatum non fuerat, quasi ex donatione possideat.* (Vgl. L. 3, C. 7, 27.) — L. 4, C. 7, 29.[3]) *Usucapio non praecedente vero titulo procedere non potest nec prodesse neque tenenti neque heredi eius potest, nec obtentu velut ex hereditate, quod alienum fuit, domini intentio ullo longi tem-*

[1]) Stintzing, S. 61. Fitting, 52, S. 418 Anm. 210. Bernhöft, Tit., S. 1, Bt., S. 19 Anm. 9.

[2]) Thibaut, S. 96 Anm. 2. Savigny, III., S. 374 Anm. h. Stintzing, S. 88 Anm. 79. Fitting, 52, S. 12 Anm. 97. Mayer, S. 173, 206. Bernhöft, Bt. S. 19 Anm. 7. Pernice, S. 503 Anm. 8.

[3]) Stintzing, S. 87 Anm. 78. Fitting, 51, S. 7 Anm. 7, S. 34 Anm. 40, S. 253 Anm. 159, S. 280. Mayer, S. 205. Bernhöft, Tit., S. 4 Anm. 12, S. 18 Anm. 52, Bt., S. 19 Anm. 18, S. 43 Anm. 37. Klein, S. 343 Anm. 132.

poris spatio absumitur. Vgl. L 24, C. 3, 32. — L. 7, C. 7, 32. *Improba possessio firmum titulum possidendi nullum praestare potest. unde ingredientem in vacuam possessionem alieni fundi non consentiente domino vel auctore, qui eius rei concedendi potestatem habuit, causam iustam possessionis adipisci non potuisse certum est.*

Zur Ersitzung ist der juristische Besitz der Sache erforderlich als Ausdruck eines vom positiven Rechte gebilligten Willens des Besitzers. In der *usus auctoritas* wurde die Verkörperung des allgemeinen Herrschaftswillens erblickt. Nachher kam es zur Hervorhebung zweier in diesem allgemeinen Herrschaftswillen möglichen Willensrichtungen, nämlich des Willens, durch Inbesitznahme Erbe zu werden, oder jenes, Eigentümer zu werden, welcher Wille durch den Besitzerwerb realisiert werden sollte. Um die Willensrichtung, die durch den Besitz ihre Realisierung finden sollte, genau zu bezeichnen, hat man den Besitz mit dem *pro herede* oder *pro suo* betitelt.

Nachher verlangte man die Redlichkeit desjenigen, dessen Wille durch den Besitzerwerb realisiert werden sollte, und bald darauf eine Rechtfertigung dieser Redlichkeit. Dadurch kam es zum Begriffe der *bona fides*, einer *existimatio*, einer irrtümlichen Meinung, und zwar zuerst an das eigene Erbrecht oder Eigentumsrecht, später an das Eigentumsrecht des letzten Besitzers der Sache, zur Anerkennung mehrerer Spezies der Willensrichtung des Besitzers, zum Begriffe einer *iusta causa possessionis, usucapionis*, endlich zur Derogation der Ersitzung *pro herede, pro suo.*

Zur Ersitzung der V. Periode sind die Elemente: 1. der juristische Besitz der Sache; 2. der gute Glaube des Besitzers; 3. der *titulus* und 4. die *iusta causa* erforderlich — wobei die ***iusta causa*** vom letzten Besitzer der Sache in einer vom positiven Rechte gebilligten Absicht geäußerte Einwilligung zum Besitzerwerbe seitens des Usukapienten; der **Besitzerwerb** des Usukapienten die Ausnützung dieser Einwilligung und das Einverständnis mit dieser Absicht, was durch den **Titel** bezeichnet wird; endlich der Glaube an das Eigentumsrecht des letzten Besitzers die ***bona fides*** des Usukapienten darstellen.

Infolgedessen kann mit Recht von einer *iusta causa possessionis*, demnach von einer *iusta possessio*, von einem *iustus titulus* als Ausdruck des Umstandes, daß die *possessio* ihrer *iusta causa* entspricht, und von einer *iusta causa* des guten Glaubens gesprochen werden.

Der Besitztitel bedeutet, daß der Besitz auf Grund einer *iusta causa* auf obige Art erworben wurde und bis zum Gegenbeweise als redlich erworben betrachtet werden muß. In ihm finden ihren Ausdruck die Eigenschaften des Usukapionsbesitzes, er kann mit Recht: Ersitzungstitel genannt werden.

Der titulierte Besitz ist identisch mit dem Usukapionsbesitze; mit Recht hat man im 41. Digestenbuche die Ersitzungslehre in den Abschnitten mit den Aufschriften *pro herede vel pro possessore, emptore, donato, derelicto, legato, dote, suo* behandelt.

Wir glauben dem *titulus* als Bezeichnung der Eigenschaften des Usukapionsbesitzes einen entsprechenden Platz in der Ersitzungslehre vindiziert zu haben.



Buchdruckerei der Manzschen
k. u. k. Hof-Verlags- u. Universitäts-
Buchhandlung in Wien.